



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

Menetekel oder Musterlösung? Das amerikanische Ausländerrecht und die Umsetzung der schweizerischen Ausschaffungsinitiative

Langer, Lorenz

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-139417>
Journal Article

Originally published at:

Langer, Lorenz (2011). Menetekel oder Musterlösung? Das amerikanische Ausländerrecht und die Umsetzung der schweizerischen Ausschaffungsinitiative. Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (SZIER), (2):195-229.

SZIER

Schweizerische Zeitschrift
für internationales
und europäisches Recht

RSDIE

Revue suisse
de droit international
et européen

21. Jahrgang

2/2011

21^e année

SZIER/RSDIE

Menetekel oder Musterlösung? Das amerikanische Ausländerrecht und die Umsetzung der schweizerischen Ausschaffungsinitiative

LORENZ LANGER

Die Schutzverantwortung im Recht der Vereinten Nationen (Responsibility to Protect) – auf dem Weg zur Etablierung eines umstrittenen Konzepts?

PETER HILPOLD

Zur Stellung der Anleihensgläubiger bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldnerstaates

FRANK VISCHER

Menschenrechtsverletzungen – Schadenersatz vor Schweizer Gerichten

INGEBORG SCHWENZER & ALAIN F. HOSANG

2/2011

Swiss Review
of International
and European Law

Schulthess §

Rivista svizzera
di diritto internazionale
e europeo

Menetekel oder Musterlösung?

Das amerikanische Ausländerrecht und die Umsetzung der schweizerischen Ausschaffungsinitiative

von **Lorenz Langer**¹

Inhaltsverzeichnis

- I. Die Behandlung straffälliger Ausländer in den USA
 - A. Die Entwicklung des amerikanischen Immigrationsrechts
 - B. Automatische Ausschaffung ohne Prüfung der Verhältnismässigkeit
 - C. Anhaltende politische Unterstützung ...
 - D. ... aber auch konstante Kritik
- II. Lehren aus Übersee?
- III. *Populus locutus, causa finita* – oder: Was zählt neben Volkes Stimme?

Einleitung

Nach der Wahl ist vor der Wahl – diese Maxime gilt seit Längerem auch in der ehemals beschaulichen schweizerischen Politik. Und die wieder aufgeflammtten Diskussionen um die Ausschaffungsinitiative² legen nahe, dass nun offenbar nach der *Abstimmung* ebenfalls vor der Abstimmung ist. Während bisher ein Urnengang den Schlussstrich unter den Kampf der Kontrahenten zog und (zumindest bis zur nächsten Initiative oder Behördenvorlage zur gleichen Sache) zu einer autoritativen Entscheidung führte, könnte man im Falle der Ausschaffungsinitiative meinen, diese Entscheidung stehe immer noch aus. Inhalt und Ton der Diskussion sind sich gleich geblieben: Vor und nach der Abstimmung insistierten die Initianten, dass gewisse Formen der «Ausländerkriminalität» mit der *automatischen* Ausweisung der Delinquenten zu sanktionieren seien.³ Und vor und nach der Abstimmung wird dagegehalten, dass ein solcher Automatismus weder mit dem verfassungsrechtlichen Verhältnismässigkeits-

¹ Managing Editor.

² NIKLAUS NUSPLIGER, Der Streit um die Ausschaffungsinitiative dauert an, *Neue Zürcher Zeitung*, 29. Juni 2011, 11.

³ CHRISTOPH WEHRLI, *Für Ausschaffungen «ohne Wenn und Aber»*, *Neue Zürcher Zeitung*, 30. August 2010, 7; GREGOR A. RUTZ, Initiative muss umgesetzt werden, nicht der Gegenvorschlag, 28. Juni 2011, <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2011/2011-06-28/110628_ref_rutz-d.pdf>.

prinzip noch mit einer Reihe völkerrechtlicher Verpflichtungen der Schweiz vereinbar sei.⁴

Eines immerhin ist klar: Am 28. November 2010 wurde die Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer» – kurz Ausschaffungsinitiative – mit einem Ja-Stimmen-Anteil von 52,3% angenommen.⁵ Gemäss dem in der Folge eingefügten Art. 121 Abs. 3 BV verlieren nun all jene Ausländer jegliches Aufenthaltsrecht in der Schweiz, die «wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts, wegen einer Vergewaltigung oder eines anderen schweren Sexualdelikts, wegen eines anderen Gewaltdelikts wie Raub, wegen Menschenhandels, Drogenhandels oder eines Einbruchsdelikts rechtskräftig verurteilt worden sind» (*lit. a*) oder die «missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben» (*lit. b*). Der Gesetzgeber soll diese Tatbestände näher umschreiben und kann sie auch um weitere Delikte ergänzen (Art. 121 Abs. 4 BV). Ein Verstoß gegen einen solchen Tatbestand führt künftig zur Ausweisung, zum Verlust etwaiger Ansprüche auf Aufenthalt und zu einem Einreiseverbot von fünf bis 15 Jahren; Wiederholungstätern ist die Wiedereinreise für zwanzig Jahre zu verwehren (Art. 121 Abs. 5 BV).

Zugleich mit der Initiative wurde auch über den vom Parlament ausgearbeiteten direkten Gegenentwurf abgestimmt.⁶ Im Gegensatz zur Initiative legte dieser Entwurf bereits auf Verfassungsstufe fest, unter welchen Voraussetzungen straffällige Ausländer ausgewiesen würden, wobei uneinheitlich auf den Tatbestand, das angedrohte Strafmass oder die tatsächlich verhängte Strafe abgestellt wurde.⁷ Die Grundrechte, die Grundprinzipien der Bundesverfassung und des Völkerrechts sowie insbesondere der Grundsatz der Verhältnismässigkeit wurden bei Entscheiden über die Ausweisung und den Entzug des Aufenthaltsrechts ausdrücklich vorbehalten. Der Gegenentwurf hätte auch einen neuen «Integrationsartikel» (Art. 121a) in die Bundesverfassung eingefügt, der den «Zusammenhalt der einheimischen und der ausländischen Bevölkerung» als

⁴ CHRISTOPH WEHRLI, *Ohne Willkür gegen Unrecht*, Neue Zürcher Zeitung, 9. Oktober 2010, S. 27; HEINRICH KOLLER, Die Umsetzung der Verfassungsbestimmung über den Umgang mit straffälligen Ausländern (Art. 121 Abs. 3–6 BV): Medienkonferenz der AG zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative, 28. Juni 2011, <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2011/110628_ref_koller-d.pdf>.

⁵ SCHWEIZERISCHER BUNDESRAT, Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 28. November 2010, Bundesblatt [BB] 2011 2771, 17. März 2011.

⁶ Bundesbeschluss über die Aus- und Wegweisung krimineller Ausländerinnen und Ausländer im Rahmen der Bundesverfassung (Gegenentwurf zur Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer [Ausschaffungsinitiative]»), BBl 2010 4243, 10. Juni 2010.

⁷ Explizit genannt waren beispielsweise Mord, vorsätzliche Tötung, Vergewaltigung oder ein schwerer Verstoß gegen das Betäubungsmittelgesetz. Katalogtat war weiter jedes Delikt, das mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsentzug bedroht wird. Betrug im Sozial- und Wirtschaftsbereich führte zur Ausweisung, sofern er mit einer Freiheitsstrafe von mindestens 18 Monaten geahndet wird: Bundesbeschluss, *supra* Fn. 6.

Ziel der Integration definierte und dem Bund eine entsprechende Förderungs- und Grundsatz-Gesetzgebungskompetenz eingeräumt hätte. Sämtliche Kantone sowie das Stimmvolk mit 52,6% lehnten jedoch diese vom Parlament ausgearbeitete Alternative ab.⁸

Kurz nach der Abstimmung setzte Bundesrätin Sommaruga, Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, eine Arbeitsgruppe unter Leitung von Prof. Heinrich Koller (ehem. Direktor des Bundesamtes für Justiz) ein, in welcher weiter zwei Vertreter des Initiativkomitees, zwei Vertreter der Kantone und zwei Mitglieder der Bundesbehörden Einsitz nahmen.⁹ Aufgabe der Arbeitsgruppe war unter anderem die Bestimmung der «anderen schweren Sexualdelikte» und «Gewaltdelikte», die zur Ausweisung führen; auch waren bisher inexistente Tatbestände wie «Einbruch» und der «missbräuchliche Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe» zu definieren. Darüber hinaus sollte die Arbeitsgruppe aber auch den Umgang mit Bagatellfällen prüfen und das Verhältnis der Initiative zu anderen Verfassungsbestimmungen – insbesondere zum Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) und zum Recht auf Ehe und Familie (Art. 14 BV) – und zum nicht zwingenden Völkerrecht untersuchen (beispielsweise zum Uno-Pakt II, zur EMRK, zur Kinderrechtskonvention und zum Freizügigkeitsabkommen).¹⁰

Ende Juni 2011 präsentierte die Arbeitsgruppe nun ihre Vorschläge, wie die Ausschaffungsinitiative gesetzlich implementiert werden sollte.¹¹ Im zentralen Punkt – dem Katalog von Tatbeständen, die zwingend eine Ausweisung nach sich ziehen sollen – hat die Arbeitsgruppe keinen Konsens gefunden. Die Mehrheit der Arbeitsgruppe lehnt – mit Verweis auf rechtsstaatliche und grundrechtliche Garantien – Ausschaffungen ohne jegliches richterliches Ermessen und unabhängig von der Tatschwere ab. Grundsätzlich soll die Ausweisung nur verfügt werden, wenn ein im Katalog aufgeführtes Delikt mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten oder mehr geahndet wird. Die Ausweisung soll weiter nur dann vollstreckt werden, wenn sie keine völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz kompromittiert.¹²

⁸ Die Initiative hingegen wurde von 17½ Ständen angenommen und von 5½ Ständen abgelehnt. Die Stimmbeteiligung betrug knapp 53% (SCHWEIZERISCHER BUNDESRAT, *supra* Fn. 5).

⁹ EJPd, Verfügung über die Einsetzung der Arbeitsgruppe für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung über den Umgang mit straffälligen Ausländerinnen und Ausländern vom 22. Dezember 2010, abgedruckt in: ARBEITSGRUPPE FÜR DIE UMSETZUNG DER NEUEN VERFASSUNGSBESTIMMUNGEN ÜBER DIE AUSWEISUNG STRAFFÄLLIGER AUSLÄNDERINNEN UND AUSLÄNDER, Bericht zuhanden des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 21. Juni 2011, 14–16.

¹⁰ EJPd, *supra* Fn. 9, Para. 1(a)–(i).

¹¹ ARBEITSGRUPPE, *supra* Fn. 9.

¹² Die Mehrheit der Arbeitsgruppe präsentierte drei verschiedene Vorschläge (Varianten 2–4 des Berichts): ARBEITSGRUPPE, *supra* Fn. 9, 123–133. Variante 2 und 3 sehen beide eine Umsetzung im Strafrecht vor; unter Variante 2 führt eine Strafe von sechs Monaten zur Ausweisung, unter

Nach Auffassung der *Initianten* soll hingegen der Tatkatalog möglichst weit gefasst werden und disparate Tatbestände wie Mord, einfache Körperverletzung, Raufhandel, Pornografie, Verweisungsbruch und *jeglichen* Verstoss gegen Art. 19 BetmG vereinen.¹³ Die Vertreter des Initiativkomitees beharren ausserdem auf einem Ausschaffungsautomatismus: Begeht ein Ausländer eine bestimmte Straftat, muss er unabhängig von den Umständen im Einzelfall und etwaigen Strafmilderungsgründen ausgewiesen werden; die Ausschaffung ist (mit Ausnahme des *Non-refoulement*-Gebots) auch entgegen etwaiger internationaler Verpflichtungen zu vollstrecken.¹⁴ Die Initianten verweisen dabei auch auf Bemühungen im Ausland (Dänemark), die ebenfalls auf die automatische Ausweisung delinquierender Ausländer zielen.¹⁵

Eine Annäherung der verschiedenen Positionen ist nicht absehbar und war vielleicht auch gar nie beabsichtigt – schliesslich brachten die Vertreter des Initiativkomitees bereits während der ersten Sitzung der Arbeitsgruppe einen ausformulierten Gesetzesvorschlag ein, von dem sie in der Folge nicht abwichen,¹⁶ und der nun sogar mittels einer weiteren Volksinitiative in der Verfassung festgeschrieben werden soll.¹⁷

Das Problem dieser repetitiven Diskussion bleibt jedoch, dass sie sich – wie bereits die Argumentation vor der Abstimmung – bezüglich der tatsächlichen Auswirkungen der jeweiligen Regelung bestenfalls auf Spekulationen, aber nicht auf konkrete Erfahrungswerte stützt. So war die Frage der Verhältnismässigkeit der Ausweisung bereits ein zentraler Punkt im Abstimmungskampf gewesen. Gegner der Initiative hatten hypothetische Fälle konstruiert, wonach bereits bei Fällen der Kleinkriminalität in der Schweiz geborene, aufgewachsene und verwurzelte Ausländer ausgeschafft und unter Umständen auch von ihrer Familie getrennt würden.¹⁸ Vielleicht nicht ganz überraschend sprachen solche Argumente die emotionale Ebene weniger stark an als die (ebenfalls hypotheti-

Variante 3 nur eine Strafe von *mehr* als sechs Monaten. Beide Varianten sehen auch eine fakultative Landesverweisung vor bei Delikten, die *nicht* im Katalog aufgeführt sind, aber mit mindestens sechs Monaten Freiheitsstrafe geahndet wurden. Unter Variante 4 würde die Initiative im Ausländer- und nicht im Strafrecht umgesetzt, und der zwingende Widerruf der Aufenthaltsbewilligung ersetzte die Ausweisung. Unter allen drei Varianten würde die Ausweisung bzw. der Widerruf nicht vollzogen, wenn dies zu einer Verletzung des Freizügigkeitsabkommens oder des *Refoulement*-Verbots führen würde.

¹³ ARBEITSGRUPPE, *supra* Fn. 9, 121. Art. 19 BetmG kriminalisiert neben Drogenherstellung und -verkauf auch den Besitz. Die Strafmilderung bzw. der Strafverzicht gem. Art. 19a BetmG bei Besitz zum Eigenkonsum hätte keinen Einfluss auf die Ausweisung.

¹⁴ ARBEITSGRUPPE, *supra* Fn. 9, 44–46.

¹⁵ RUTZ, *supra* Fn. 3.

¹⁶ ARBEITSGRUPPE, *supra* Fn. 9, 8.

¹⁷ *Noch eine Ausschaffungsinitiative*, Neue Zürcher Zeitung, 9. Juli 2011, 14.

¹⁸ Amtliches Bulletin [AB] 2010 II 681–682, 684 (NR Leuenberger, GE); AB 2010 II 700 (NR Schmid-Federer, ZH).

schen) Steckbriefe schwerkrimineller Ausländer, die bei Ablehnung der Initiative angeblich weiterhin das schweizerische Gastrecht missbrauchen, ja sogar den Schweizer Pass erhalten würden.¹⁹

Nach der Abstimmung verharrt die Diskussion weiterhin weitgehend im Hypothetischen. Die Vertreter der Initianten verweisen auf eine Regelung in Dänemark, die eben erst vom Parlament verabschiedet wurde und deren Auswirkungen deshalb noch überhaupt nicht abzusehen sind;²⁰ im Übrigen berufen sie sich auf den «klaren Wortlaut» der neuen Verfassungsbestimmung (der aber so klar nicht sein kann, da er – anders als der Gegenvorschlag – die Konkretisierung durch den Gesetzgeber explizit vorsieht). Die Befürworter einer Mindeststrafe in der Arbeitsgruppe hingegen führen weiterhin Bagatelldelikte an, die nicht mit einer Ausweisung bestraft werden dürften, und argumentieren primär abstrakt mit Begriffen wie Rechtsstaatlichkeit oder systematischer Auslegung.²¹

Notwendig wären also konkrete Erfahrungen mit der Definition eines Tatkaloges und mit Ausschaffungsautomatismen. Dabei hilft der Blick ins Ausland durchaus – wenn auch nicht ins nahe und kleine Dänemark, sondern in die fernen und um ein Vielfaches grösseren Vereinigten Staaten von Amerika. Die dortigen Erfahrungen in bald hundert Jahren Ausschaffungsgesetzgebung bieten, trotz der augenscheinlich unterschiedlichen Rahmenbedingungen, durchaus Anschauungsunterricht für die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative. Dieser Beitrag untersucht deshalb, inwiefern die amerikanische Gesetzgebung und die damit gemachten Erfahrungen für die Schweiz und insbesondere für die Fragen bezüglich Automatismus bzw. Verhältnismässigkeit relevant sein könnten – wobei am Ende auch kurz die Frage aufgeworfen wird, inwiefern sich diese Fragen nach der Annahme der Initiative im November 2010 überhaupt noch stellen.

I. Die Behandlung straffälliger Ausländer in den USA

Ein umstrittener Ausschaffungsfall in New York im Frühjahr 2010 illustriert einige charakteristische Züge des amerikanischen Ausschaffungsrechts.²² Der gebürtige Chinese Qing Hong Wu war im Alter von fünf Jahren legal mit seiner Familie in die USA eingereist. Als Fünfzehnjähriger bekannte sich Wu mehre-

¹⁹ Vgl. *Kommission kritisiert SVP-Kampagne*, Neue Zürcher Zeitung, 11. November 2010, 10.

²⁰ Vgl. LUISE STEINBERGER, *Dänemark verschärft Ausländerrecht*, NZZ am Sonntag, 26. Juni 2011, 2.

²¹ ARBEITSGRUPPE, *supra* Fn. 9, 17–20.

²² Wie in der Schweiz ist die Terminologie im amerikanischen Ausweisungs- bzw. Ausschaffungsrecht uneinheitlich. Die Gesetzgebung in den USA spricht generell von *deportation* (vor 1996) oder von *removal* (nach 1996), womit aber in den meisten Fällen die *Ausweisung* (*removal order*) gemeint ist. Ich spreche im Folgenden vereinfachend meist von Ausschaffung und meine damit sowohl Entscheidung wie auch Vollzug.

rer Diebstähle (teilweise mit Gewaltanwendung) in Manhattans Chinatown schuldig; er wurde anschliessend zu drei bis neun Jahren Besserungsanstalt verurteilt. Nach drei Jahren wurde er wegen guter Führung entlassen, erwarb anschliessend einen College-Abschluss und arbeitete sich dann von einer Schreibkraft ins Management einer Immobiliengesellschaft hoch. Als er sich mit 29 Jahren um die amerikanische Staatsbürgerschaft bewarb, wurden die Immigrationsbehörden auf ihn aufmerksam und setzten ihn umgehend in Haft – denn als *criminal alien* war er zwingend auszuschaffen. Der Fall erregte Aufmerksamkeit, weil der Richter, der Wu fünfzehn Jahre früher verurteilt hatte, ihm damals seine Unterstützung versprochen hatte, falls der Teenager sich bessern sollte. Wu schrieb dem inzwischen pensionierten Richter aus der Ausschaffungshaft und bat ihn um Hilfe.²³

Doch gemäss amerikanischem Recht waren die konkreten Umstände dieses Einzelfalles unbeachtlich. Wu standen keine Rechtsmittel offen; er war als straffälliger Nichtbürger automatisch auszuschaffen – ausser der Präsident der Vereinigten Staaten oder der Gouverneur von New York wendeten durch eine Begnadigung die Deportation ab. Nach zahlreichen Bittschreiben verschiedener Organisationen und Persönlichkeiten entschied sich Letzterer tatsächlich, Wu zu begnadigen, und verurteilte bei dieser Gelegenheit auch die harsche Ungerechtigkeit und mangelnde Flexibilität der Ausländergesetzgebung.²⁴

Wu ist kein Ausnahmefall. Seit Jahren berichten amerikanische Zeitungen über ähnliche Situationen, in denen *legal permanent residents* wegen teilweise geringfügiger Delikte vor der Ausweisung stehen.²⁵ In einem besonders tragischen Fall wurde 1998 ein kolumbianischer Gabelstapelfahrer nach drei Jahrzehnten in den USA wegen Verkaufs von Marihuana im Wert von 10 US-\$ an einen bezahlten Polizeiinformanten ausgeschafft; er liess seine Frau und vier Kinder (die alle US-Staatsbürger waren) in Los Angeles zurück. Der älteste Sohn erschoss sich kurz darauf; der Vater konnte der Beerdigung nicht beiwohnen, da ihm die Wiedereinreise verwehrt bleibt.²⁶

²³ NINA BERNSTEIN, *Judge Keeps His Word to Immigrant Who Kept His*, New York Times, 19. Februar 2010, A1.

²⁴ NINA BERNSTEIN, *Paterson Rewards Redemption With a Pardon*, New York Times, 7. März 2010, A29. Zwei Monate später wurde Wu eingebürgert: NINA BERNSTEIN, *After Governor's Pardon, an Immigrant Is Sworn In as a Citizen*, New York Times, 29. Mai 2010, A20.

²⁵ Siehe z.B. SUE NOWICKI, *Missing Mom*, The Modesto Bee, 4. November 2010, A1; SAM DOLNICK, *Facing Deportation 2 Decades After Finishing Probation*, The New York Times, 30. Oktober 2010, A19; AMY GOLDSTEIN & DANA PRIEST, *In Custody, in Pain*, The Washington Post, 12. Mai 2008, A01; KARIN BRULLIARD, *Old Crimes Return to Haunt Legal Immigrants*, The Washington Post, 2. August 2008, B01; RACHEL E. ROSENBLOOM, *Senseless Deportations*, The Washington Post, 25. März 2007, B7; SUSAN LEVINE, *On the Verge of Exile*, The Washington Post, 5. März 2000, A1.

²⁶ PATRICK J. McDONNELL, *Deportation Shatters Family*, The Los Angeles Time, 14. März 1998, B1.

A. Die Entwicklung des amerikanischen Immigrationsrechts

Wie kam es zu einer Regelung, wonach auch niedergelassene Ausländer oft Jahre nach einer verbüssten Strafe und ohne Berücksichtigung von Familienbanden, Verwurzelung in den USA oder fehlender Bindung zum Ursprungsland automatisch und ohne gerichtliche Überprüfung ausgeschafft werden, mit einer äusserst unwahrscheinlichen Begnadigung als einzige Hoffnung?²⁷

Als Einwanderungsland stand für die USA, anders als in Europa, zuerst nicht die Beschränkung der Immigration im Zentrum, welche durchaus ermutigt wurde.²⁸ Auf Bundesebene setzte die Regulierung der Zuwanderung erst 1875 ein, als aufgrund zunehmender Überfremdungsängste erste Massnahmen gegen die Immigranten aus Asien ergriffen wurden.²⁹ Zugleich schloss der Kongress ausländische Prostituierte und *im Ausland* verurteilte Ausländer von der Einreise aus.³⁰ Damit sollte die Praxis europäischer Staaten unterbunden werden, Verurteilte unter der Bedingung zu begnadigen, dass sie in die USA emigrierten.³¹ Diese externe Perspektive wurde erstmals 1917 um eine interne Dimension erweitert, als mit der Verabschiedung des *Immigration Act* zwar weiterhin zahlreiche Personenkreise von der Einreise ausgeschlossen blieben,³² nun aber auch legale Immigranten wieder ausgeschafft werden konnten, sofern sie innerhalb von fünf Jahren nach Einreise ein «moralisch verwerfliches Verbrechen» (*crime involving moral turpitude*) begingen oder in Prostitution involviert waren.³³

²⁷ Ich verwende den Begriff «Niederlassung» hier für *legal permanent residents*, also für Inhaber einer *Green Card*, die sich ohne zeitliche Beschränkung in den USA aufhalten, dort arbeiten und auch die Staatsbürgerschaft beantragen können.

²⁸ Vgl. An Act to Encourage Immigration (Immigration Act 1864), 13 U.S. Statutes at Large [Stat.] 385.

²⁹ An Act Supplementary to the Acts in Relation to Immigration (Page Law 1875), 18 Stat. 477, Sec. 1. Der Chinese Exclusion Act von 1882 richtete sich dann ausschliesslich gegen Chinesen: An Act to Inaugurate Certain Treaty Stipulations Relating to Chinese, 22 Stat. 58.

³⁰ Page Law 1875, Sec. 5.

³¹ BRIAN C. HARMS, *Redefining Crimes of Moral Turpitude: A Proposal to Congress*, 15 Georgetown Immigration Law Journal 259, 261 (2001).

³² Der Immigration Act 1917 (Public Law [Publ. L.] 64–301, 39 Stat. 874) richtete sich weiterhin gegen im Ausland verurteilte Verbrecher, darüber hinaus aber auch jene, die geringe Vergehen begangen hatten, die moralischer Natur waren (*misdemeanour involving moral turpitude*); auch «*all idiots, imbeciles, feeble-minded persons, epileptics, insane persons*» wurden ausgeschlossen. Darüber hinaus erweiterte das Gesetz den 1882 Chinese Exclusion Act und schloss Asiaten praktisch gänzlich von der Immigration aus (Sec. 3).

³³ Bei erneuter Verurteilung erfolgte die Ausschaffung unabhängig von der Aufenthaltsdauer. *Moral turpitude* wurde vom Gesetz nicht definiert, vgl. dazu *infra* Fn. 63.

Der *Immigration and Nationality Act 1952* (INA) erweiterte noch einmal die Ausschlussgründe für eine Einreise von Ausländern;³⁴ parallel dazu wurde auch der Tatkalender für Ausschaffungen verlängert.³⁵ Die Anforderungen an eine Deportation wegen Straffälligkeit wurden jedoch ebenfalls erhöht: ein «moralisch verwerfliches Delikt» führte nur zur Ausschaffung, wenn es innerhalb von fünf Jahren nach Einreise begangen wurde und zu einer tatsächlichen Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr führte.³⁶ Eine weitere wichtige Änderung wurde durch gerichtliche und behördliche Praxis eingeführt: Niedergelassene, die mehr als sieben Jahre in den USA gelebt hatten und dann ein Ausschaffungsdelikt begingen, konnten einen Antrag stellen, dass auf die Deportation verzichtet würde. Der Richter wog in diesem Fall die Schwere des Delikts ab gegen die Bindung und Verwurzelung im Gastland, die Resozialisierungserfolge, die Rehabilitationsprognose und das Verhältnis zum Ursprungsland.³⁷

Während des Ausschaffungsverfahrens konnten die betroffenen Ausländer in Administrativhaft genommen werden, die dann aber auch gegen Bürgschaft oder auf Bewährung ausgesetzt werden konnte; Haft ebenso wie Verweigerung der bedingten Entlassung unterstanden gerichtlicher Kontrolle.³⁸ Das Ausschaffungsverfahren selbst war als Administrativ- und nicht als Strafverfahren ausgestaltet,³⁹ und die verfassungsrechtlichen Garantien für Letzteres kamen deshalb nur beschränkt zur Anwendung.

Diese Gesetzgebung wurde aber zunehmend als ungenügend empfunden, als im Laufe der 90er-Jahre die Immigration – bzw. deren Beschränkung – zu einem zentralen Thema der amerikanischen Innenpolitik wurde. Für die Verschärfung der Immigrationsdebatte Mitte der Neunzigerjahre (also noch vor den Anschlägen vom 11. September 2001) waren verschiedene Faktoren verantwortlich, wobei der markante Anstieg mexikanischer und anderer zentral- und südamerikanischer Einwanderer vermutlich die wichtigste Rolle spielte. Einerseits wurde ein Kampf der Kulturen proklamiert: Es häuften sich Klagen über die mangelnden Sprachkenntnisse der Neuankömmlinge und über die faktische

³⁴ Immigration and Nationality Act of 1952 [INA], Publ. L. 82–414, 66 Stat. 163. Unter anderem waren nun die Absicht «*to engage in any immoral act*», Drogenhandel sowie die Mitgliedschaft in einer kommunistischen Gruppierung Ausschlussgründe (Sec. 212(a)(13), (23) und (28)(c)–(g)).

³⁵ Sec. 241 INA: So führte beispielsweise eine vorbestehende Geisteskrankheit zur Ausschaffung (Para. 3) ebenso wie kommunistische Aktivitäten (Para. 6), und Drogensucht oder -handel (Para. 11).

³⁶ Nach dem Ablauf von fünf Jahren nach Einreise erfolgte die Ausschaffung, wenn der Ausländer zwei solche Vergehen (unabhängig von der verhängten Strafe) begangen hatte: Sec. 241(a)(4) INA.

³⁷ NANCY MORAWETZ, *Understanding the Impact of the 1996 Deportation Laws and the Limited Scope of Proposed Reforms*, 113 Harvard Law Review (2000), 1938.

³⁸ Sec. 242 (a) INA.

³⁹ Sec. 242 (b) INA.

Etablierung von Spanisch als zweiter Landessprache;⁴⁰ allenthalben wurde die Entstehung von Parallelgesellschaften angeprangert.⁴¹ Noch vor Europa führten die USA somit eine heftige Diskussion über die Notwendigkeit einer «Leitkultur», über mangelnden Integrationswillen neuer Einwanderer und über die Schattenseiten des Multikulturalismus.⁴²

Beklagt wurden auch die negativen wirtschaftlichen Aspekte der Migration: die Konkurrenz durch Immigranten, die für geringere Löhne arbeiten, ebenso wie die Belastung der öffentlichen Mittel und der Sozialwerke durch (illegale) Einwanderung.⁴³ Abgeordnete im Kongress monierten, dass hart arbeitende Amerikaner die explodierenden Kosten einer gescheiterten Zuwanderungspolitik tragen müssten.⁴⁴ Kritisiert wurden aber auch legale Immigranten, die bloss deshalb in die USA kämen, um von Sozialwerken und anderen öffentlichen Subventionen zu profitieren.⁴⁵

In der Folge wurde der Zugang von Ausländern zu Sozialhilfe stark eingeschränkt: Von der Einreise an bleiben fast alle Ausländer während fünf Jahren von staatlicher Hilfe ausgeschlossen.⁴⁶ Bereits unter INA konnte ausserdem ein Ausländer, der zum Sozialfall wurde, unter gewissen Bedingungen ausgeschafft werden.⁴⁷

Doch nicht nur die negativen fiskalischen Folgen der Einwanderung wurden betont. Immigranten würden nicht nur die Sozialwerke belasten und damit die Steuerlast erhöhen; sie seien auch überproportional für die abnehmende Sicherheit im Lande verantwortlich. Oft wurde nun der kriminelle Ausländer in einem Atemzug mit dem illegalen Einwanderer genannt.⁴⁸ Im Kongress wurde auf einen unverhältnismässig hohen Anteil von ausländischen Strafgefangenen in

⁴⁰ THOMAS MULLER, *Nativism in the Mid-1990s: Why Now?* in: Juan F. Perea (ed.), *Immigrants Out! The New Nativism and the Anti-immigrant Impulse in the United States* (New York, 1997).

⁴¹ MULLER, *supra* Fn. 40, 109–110.

⁴² Vgl. beispielsweise JOHN O'SULLIVAN, *America's Identity Crisis*, 46 *National Review* (1994), 36. Für den Begriff der «Leitkultur» im europäischen Kontext vgl. BASSAM TIBI, *Europa ohne Identität? Die Krise der multikulturellen Gesellschaft* (München, 1998).

⁴³ Eine Vorreiterrolle kam Proposition 187 in Kalifornien zu, eine *ballot initiative*, die illegale Einwanderer vom staatlichen Schul- und Gesundheitssystem ausschloss und 1994 mit knapp 59% der Stimmen angenommen, später jedoch von einem Bundesgericht für verfassungswidrig erklärt wurde, weil die ausschliessliche Bundeskompetenz in Immigrationsfragen verletzt worden war (AURELIO ROJAS, *Federal Judge Rules Against Prop. 187*, *The San Francisco Chronicle*, 19. März 1998, A17).

⁴⁴ 142 *Congressional Record* [Congr. Rec.] H2379 (1996) (Rep. Smith, TX).

⁴⁵ 142 *Congr. Rec.* S3347 (1996) (Sen. Kyl, AZ).

⁴⁶ Generell sind nur niedergelassene Ausländer qualifiziert, und auch diese nur nach fünf Jahren, ausser, sie hätten in der US-Armee gedient oder während insgesamt zehn Jahren Sozialbeiträge gezahlt: 8 *United States Code* [U.S.C.] § 1612(a) i.V.m. 8 U.S.C. § 1841(b).

⁴⁷ § 241(8) INA: Voraussetzung ist, dass die Bedürftigkeit innerhalb von fünf Jahren nach Einreise eintritt und nicht durch ein Ereignis (beispielsweise ein Unfall) verursacht wird, das nach der Einreise stattfand.

⁴⁸ 142 *Congr. Rec.* H2389 (1996) (Rep. Stenholm, TX).

den Bundesgefängnissen sowie auf die hohe Verbrechens- und Rückfallquote von Ausländern hingewiesen.⁴⁹ Diese Zahlen belegten, dass unter der bisherigen Regelung zu wenige kriminelle Ausländer ausgeschafft würden.⁵⁰ Neue Gesetze sollten deshalb die Straftatbestände erweitern, die zur Ausschaffung führten, damit kriminelle Ausländer häufiger und schneller deportiert werden könnten.⁵¹ Es wurde betont, dass Ausländer keinen *Anspruch* auf Aufenthalt in den USA hätten; dieser Aufenthalt sei vielmehr ein grosses Privileg, das verdient werden und vereinbar sein müsse mit den Interessen der amerikanischen Familien, Arbeitnehmer und Steuerzahler.⁵² Wer diese Gastfreundschaft missbrauche, sollte ohne grosse Umstände ausgeschafft werden können.⁵³

Unter Hinweis auf den Anschlag auf das World Trade Centre im Jahre 1993 wurde auch die Verbindung von Einwanderung und Terrorismus hervorgehoben: Kriminelle Ausländer und Terroristen beraubten Amerikaner zunehmend der Freiheit, in der Nachbarschaft zu spazieren, sich in ihren Häusern sicher zu fühlen oder darauf vertrauen zu können, dass die Kinder in den Schulen ungefährdet seien.⁵⁴ Und schliesslich seien gerade straffällige Ausländer häufig auch Terroristen oder zumindest Möchtegern-Terroristen.⁵⁵

B. Automatische Ausschaffung ohne Prüfung der Verhältnismässigkeit

Diese Diskussionen führten 1996 in kurzer Folge zur Annahme zweier Gesetze, welche die Rechtslage straffälliger Ausländer grundlegend veränderten. Im April 1996 verabschiedete der Kongress den *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*.⁵⁶ Als unmittelbare Reaktion auf den Anschlag in Oklahoma City im Jahr zuvor schränkte dieses Gesetz generell das Recht auf *Habeas-corpus*-Petitionen vor Bundesgerichten stark ein; zugleich wurde aber auch die gerichtliche Überprüfung der Ausweisungsverfügung für kriminelle Ausländer ebenso wie deren Anspruch auf *habeas corpus* eliminiert.⁵⁷

Im Herbst desselben Jahres wurden diese Einschränkungen zusätzlich durch den *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act* (IIRIRA) verschärft, der sogar noch rückwirkend angewandt wurde: Somit konnte auch

⁴⁹ 142 Congr. Rec. H2379 und H3617 (1996) (Rep. Smith, TX).

⁵⁰ 142 Congr. Rec. H3617 (1996) (Rep. Smith, TX).

⁵¹ 142 Congr. Rec. H2361 (1996) (Rep. Solomon, NY), H2391 (1996) (Rep. Smith, NJ), H3617 (1996) (Rep. Smith, TX) und S3347 (1996) (Sen. Kyl, AZ).

⁵² 142 Congr. Rec. H2379 (1996) (Rep. Smith, TX) und H2389 (Rep. Stenholm TX).

⁵³ 142 Congr. Rec. H2391 (Rep. Smith, NJ).

⁵⁴ 142 Congr. Rec. H3617 (1996) (Rep. Smith, TX).

⁵⁵ 142 Congr. Rec. H2247, H2259–H2260 (1996) (Rep. McCollum, FL).

⁵⁶ Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996 (AEDPA), Publ. L. 104–132, 110 Stat. 1214.

⁵⁷ Sec. 440(a) AEDPA. Das Attentat in Oklahoma City war von einem Amerikaner verübt worden.

eine Jahrzehnte zurückliegende Verurteilung zur Ausschaffung führen.⁵⁸ IIR-IRA führte weiter zu einer erheblichen Ausweitung des Katalogs von Ausschaffungstatbeständen. Ausländer müssen unter anderem deportiert werden, wenn sie ein moralisch verwerfliches oder ein schweres Verbrechen begangen haben (*crime of moral turpitude* bzw. *aggravated felony*), wenn sie sich nach einem Sexualdelikt nicht registrieren liessen,⁵⁹ oder wenn sie verurteilt wurden wegen eines Verstosses gegen bundes- oder teilstaatliche oder auch ausländische Gesetze über Betäubungsmittel (*controlled substances*) – mit der Ausnahme einer einmaligen Strafe wegen Besitzes von weniger als 30 Gramm Marihuana für den Eigenkonsum.⁶⁰ Drogensüchtige sind ebenfalls auszuschaffen.⁶¹

Der ausschaffungsrechtliche Begriff der *moral turpitude* ist im Gesetz selbst nicht definiert, sondern durch die Rechtsprechung präzisiert worden.⁶² Gemeinsames Tatmerkmal ist weder die Deliktsschwere oder -art (also *felony* oder *misdemeanour*), noch die Strafdrohung, sondern eine moralische Komponente, der Verstoss gegen herrschende Moralvorstellungen. Dies ist der Fall insbesondere bei Delikten gegen die Person oder gegen das Vermögen, bei Sexual- und Familiendelikten oder bei Betrugsdelikten gegen die Behörden.⁶³ Heute reicht das Spektrum von Schwerverbrechen wie Mord, Vergewaltigung, Kindsmissbrauch über Delikte wie Raub oder Ladendiebstahl hin zu Prostitution, Hehlelei, Veruntreuung, Vorspiegelung falscher Tatsachen, Steuerhinterziehung, Fahren in angetrunkenem Zustand oder Missbrauch der Post zu kriminellen Zwecken.⁶⁴ Diese disparate Ansammlung verschiedener Tatbestände führt zu Rechtsunsicherheit, zumal sich sowohl die relevanten teilstaatlichen strafrechtlichen Bestimmungen wie auch die moralischen Werte ständig verändern.⁶⁵ Der

⁵⁸ Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996 (IIRIRA), Publ. L. No. 104–208, div. C, 110 Stat 3009–546. Die rückwirkende Anwendung wurde 2001 vom Obersten Gerichtshof für jene Ausländer ausgeschlossen, die sich vor 1996 in einem *plea agreement* für schuldig erklärt hatten und dafür im Gegenzug den Erlass der Ausschaffung beantragen konnten: *Immigration and Naturalisation Service v. St. Cyr*, 533 U.S. 289 (2001). Der Gerichtshof fällte seinen Entscheid mit fünf zu vier Stimmen.

⁵⁹ *Failure to register as a sex offender*: 8 U.S.C. § 1227 (a)(2)(A)(v). Für die Definition von Sexualdelikten siehe 16 U.S.C. § 16911.

⁶⁰ 8 U.S.C. § 1227 (a)(2)(B)(i). Für die umfangreiche bundesrechtliche Liste von *controlled substances*, die auch zahlreiche Pharmazeutika enthält, siehe 21 U.S.C. § 812.

⁶¹ 8 U.S.C. § 1227 (a)(2)(B)(ii).

⁶² Der Begriff wurde erstmals 1891 als *Einreisehindernis* genannt: *Immigration Act 1891*, 26 Stat. 1084 Sec. 1.

⁶³ HARMS, *supra* Fn. 31, 267.

⁶⁴ HARMS, *supra* Fn. 31, 268–270, 278.

⁶⁵ So galt beispielsweise in den 1930er-Jahren in New York auch Ehebruch als *crime involving moral turpitude*: *United States ex rel. Tourny v. Reimer*, 8 F. Supp. 91 (S.D.N.Y. 1934). 1972 war auch konsensueller homosexueller Geschlechtsverkehrs noch ein *crime involving moral turpitude*: *Velez-Lozano v. INS*, 463 F.2d 1305 (D.C. Cir. 1972). Zur Dualität des materiellen Strafrechts auf Bundes- und Gliedsstaatsebene vgl. *infra* den Text zu Fn. 164.

Oberste Gerichtshof hielt jedoch schon 1951 fest, dass der Begriff *moral turpitude* das Bestimmtheitsgebot nicht verletze, da er nicht übermässig vage und folglich auch nicht verfassungswidrig sei, und an dieser Rechtsprechung hat sich bis heute nichts geändert.⁶⁶ Unter dem IIRIRA führt ein moralisch verwerfliches Verbrechen weiterhin nur dann zur Ausschaffung, wenn es innerhalb von fünf Jahren nach Einreise begangen wurde; es genügt aber neu, wenn das Delikt (unabhängig von der tatsächlich ausgefallten Sanktion) mit einer Freiheitstrafe von mindestens einem Jahr bestraft werden *könnte*.⁶⁷ Das führt dazu, dass beispielsweise unter New Yorker Recht das Erschleichen einer Leistung – das Schwarzfahren in der U-Bahn oder das Nichtbezahlen von Kabelfernsehgebühren – als Ausschaffungstatbestand genügt, auch wenn es nur mit einer Busse geahndet wird.⁶⁸

Ähnlich problematisch ist die Kategorie der *aggravated felonies*, die 1988 im Rahmen der Anti-Drogen-Gesetzgebung eingeführt⁶⁹ und seither kontinuierlich erweitert wurde, insbesondere auch um gewisse «moralisch verwerfliche Delikte». ⁷⁰ Hier ist der Tatkatalog zwar im Gesetz festgeschrieben,⁷¹ doch ist die Aufzählung auch nach der Annahme des IIRIRA ständig verlängert worden. Einerseits ist eine Reihe von Tatbeständen explizit genannt – Mord, Vergewaltigung, Kindsmissbrauch, aber auch zahlreiche Delikte ohne Gewaltanwendung wie beispielsweise illegales Glücksspiel, Ausweisfälschung, Steuerhinterziehung oder Hehlerei.⁷² Andererseits werden *Tatkategorien* definiert: Gewaltverbrechen, Diebstahl oder Einbruch, sofern die Strafe mindestens ein Jahr Gefängnis beträgt, sowie – strafunabhängig – illegaler Handel mit Drogen oder Waffen. Es handelt sich bei *aggravated felonies* wiederum nicht um einen strafrechtlichen, sondern um einen ausländerrechtlichen Begriff. Darunter werden auch Delikte subsumiert, die gemäss teilstaatlichem Strafrecht keine Verbrechen (*felonies*) und erst recht nicht schwere Verbrechen, sondern *misdemeanors*

⁶⁶ Jordan v. DeGeorge, 341 U.S. 223 (1951).

⁶⁷ 8 U.S.C. § 1227 (a)(2)(A)(i)(II).

⁶⁸ NINA BERNSTEIN, *Post-9/11, Even Evading Subway Fares Can Raise the Prospect of Deportation*, The New York Times, 11. Oktober 2004, B1. DAN KESSELBRENNER & LORY D. ROSENBERG, *Immigration Law and Crimes* (St. Paul, 2006), § 6.1.

⁶⁹ An Act to Prevent the Manufacturing, Distribution, and Use of Illegal Drugs, and for Other Purposes, Public Law 100–690, 102 Stat. 418, Subtitle J: Provisions Relating to the Deportation of Aliens Who Commit Aggravated Felonies. *Vgl.* für den aktuell geltenden Katalog 8 U.S.C. 1101 (a) (43).

⁷⁰ Sec. 440(e) AEDPA fügte 17 neue Deliktskategorien hinzu und Sec. 321(a) IIRIRA vier weitere.

⁷¹ 8 U.S.C. § 1101(a)(43).

⁷² 8 U.S.C. § 1101(a)(43). Teilweise wird eine Mindeststrafdrohung stipuliert (z.B. ein Jahr bei Glücksspiel) oder eine Mindeststrafe (ein Jahr bei Ausweisfälschung). Versuch und Teilnahme an einem der Delikte gelten ebenfalls als *aggravated felony*.

nours, petty misdemeanours oder gar nur violations sind.⁷³ Insbesondere im Bereich von Betäubungsmitteln führt das immer wieder dazu, dass mindere Vergehen, die bloss mit Busse oder probation⁷⁴ geahndet wurden, als aggravated felony qualifiziert werden.⁷⁵ Im Bereich der Gewaltdelikte gilt ähnlich die simple battery (ein Tatbestand zwischen Tötlichkeit und einfacher Körperverletzung) im Strafrecht in der Regel als misdemeanour, im Ausländerrecht jedoch als aggravated felony.⁷⁶

Die Qualifizierung hat schwerwiegende Folgen. Zuerst kommt bei aggravated felonies ein verkürztes und beschleunigtes Verfahren zur Anwendung, das praktisch jegliche Berufungsmöglichkeit ausschliesst.⁷⁷ Und während ein deportierter Ausländer in der Regel nach zehn Jahren (bzw. nach zwanzig Jahren bei erneuter Ausschaffung) wieder ein Einreisegesuch stellen kann, ist bei einer Verurteilung wegen einer aggravated felony die Rückkehr in die USA definitiv ausgeschlossen.⁷⁸

Doch nicht nur in Bezug auf aggravated felonies sind die Deportationsbestimmungen streng. Kriminelle Ausländer sind nun generell sofort in Ausschaffungshaft zu setzen, aus der sie auch nicht gegen Bürgschaft entlassen werden dürfen.⁷⁹ Der Oberste Gerichtshof bestätigte, dass selbst niedergelassene Ausländer in Haft gehalten werden können, bei denen keinerlei Fluchtgefahr besteht oder die keine Gefahr für die Öffentlichkeit darstellen.⁸⁰

⁷³ MORAWETZ, *supra* Fn. 37, 1939. Die Begriffe felony, (petty) misdemeanour, offence und auch infraction werden in den verschiedenen gliedstaatlichen Strafgesetzbüchern und im Bundesstrafrecht nicht einheitlich verwendet. In der Regel ist eine felony ein schweres Verbrechen, das mit mindestens einem Jahr Freiheitsentzug bestraft wird. Die Strafdrohung für misdemeanours beträgt gewöhnlich maximal ein Jahr, für ein petty misdemeanour zwischen 30 Tagen und einem Jahr; infractions und offences führen zu wenigen Tagen Haft oder einer Busse. Vgl. AMERICAN LAW INSTITUTE, Model Penal Code (Washington D.C., 1962), Sec. 1.04 und 18 U.S.C. § 3559 (a).

⁷⁴ Probation wird zwar in der Regel mit «Bewährung» übersetzt, doch handelt es sich dabei um eine von der bewährten Freiheitsstrafe abzugrenzende Sanktion, die spezifische Verhaltensweisen vorschreibt (z.B. eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit oder ein Alkoholverbot). Der Bewährung des kontinentaleuropäischen Rechts entspricht eher das suspended sentence, vgl. AMERICAN LAW INSTITUTE, *supra* Fn. 74 Sec. 301.1.

⁷⁵ Vgl. beispielsweise Velasquez v. Reno, 37 F. Supp. 2d 663 (D.N.J. 1999). Siehe für weitere Beispiele HUMAN RIGHTS WATCH, Forced Apart (New York, 2007), 21–22.

⁷⁶ LEVINE, *supra* Fn. 25: i.c. lag dem Ausschaffungsentscheid ein zwölf Jahre zurückliegender Streit inkl. an den Haaren reissen zugrunde, der zu einer Bewährungsstrafe und 60 Stunden gemeinnütziger Arbeit geführt hatte.

⁷⁷ 8 USC § 1228.

⁷⁸ 8 U.S.C. § 1182(a)(9)(A)(ii). Einzig aufgrund eines Erlasses der Sperre durch den Justizminister ist eine Einreise noch möglich; die Anrufung eines Gerichtes ist auf jeden Fall ausgeschlossen: 8 U.S.C. § 1182(h)(2).

⁷⁹ 8 U.S.C. § 1231(a)(2).

⁸⁰ Demore, District Director, San Francisco District of Immigration and Naturalization Service, et al. v. Kim, 538 U.S. 510 (2003).

Wie Wu in dem eingangs geschilderten Fall erfahren musste, wird diese Vorschrift oft so interpretiert, dass jeder potenziell auszuschaffender Ausländer, dessen die Behörde habhaft wird, interniert werden muss, auch wenn seine Strafe schon Jahre zurückliegt. Da aber eine Ausweisung nicht immer vollzogen werden kann – wegen Staatenlosigkeit oder weil ein Ursprungsland die Aufnahme verweigert – führt dies unter Umständen zu lang dauerndem Freiheitsentzug. Denn die Unterscheidung zwischen Ausweisung und Ausschaffung ist auch für die USA von Bedeutung, auch wenn immer nur auf *removal* Bezug genommen wird.⁸¹ Ein Ausweisungsentscheid heisst noch nicht, dass anschliessend die Ausschaffung auch vollzogen werden kann. Mehrere Länder – insbesondere Kuba und Iran – haben kein Rückführungsabkommen mit den USA abgeschlossen. Der Ausweisungsentscheid bedeutet für Staatsbürger jener Länder deshalb oft langjährige Ausschaffungshaft; bis 2001 konnten solche «*non-returnables*» oder «*lifers*» sogar ohne jegliche zeitliche Beschränkung festgehalten werden.⁸² In jenem Jahr entschied der Oberste Gerichtshof mit fünf zu vier Stimmen, dass Ausländer nicht *unbeschränkt* in Ausschaffungshaft gehalten werden können, wenn kein Land sich zu ihrer Aufnahme bereit erklärt.⁸³

Die Gesetzesänderungen von 1996 haben generell sowohl Verfahrensrechte wie auch Rechtsbehelfe erheblich reduziert – die im Rahmen von Ausschaffungen stets schon limitiert waren. Deportation hat in den USA nie als strafrechtliche, sondern nur als *Civil-law*-Sanktion gegolten.⁸⁴ Die Ausschaffung infolge eines Verbrechens ist keine Strafe für ebendieses Verbrechen, sondern bloss die Konsequenz der Verletzung jener Bedingungen, unter welchen der Ausländer ursprünglich einreisen durfte.⁸⁵ Eine Folge dieser Qualifizierung ist unter anderem die rückwirkende Anwendung von Ausschaffungsgesetzen,⁸⁶ welche im strafrechtlichen Bereich unzulässig wäre.

⁸¹ Siehe beispielsweise 8 U.S.C. §§ 1229, 1229a, 1231. Vgl. *supra* Fn. 22 und für die in der Schweiz (noch) geltende Regelung JOHANNES REICH, *Verletzt die «Ausschaffungsinitiative» zwingende Bestimmungen des Völkerrechts?* 127 Zeitschrift für Schweizerisches Recht (2008), 499, 501–502.

⁸² PAUL RUBIN, *Back to the Future: The Past Is Catching Up with the Vietnamese Son of a Black American Soldier*, Phoenix New Times, 13. November 2003.

⁸³ *Zadvydas v. Davis et al.*, 533 U.S. 678 (2001).

⁸⁴ Vgl. schon *Fong Yue Ting v. United States*. 149 U.S. 698, 730 (1893).

⁸⁵ Vgl. *Reno, Attorney General, et al. v. American-Arab Anti-Discrimination Committee et al.*, 525 U.S. 491 (1999), (Scalia J.): «*While the consequences of deportation may assuredly be grave, they are not imposed as a punishment, [...] Even when deportation is sought because of some act the alien has committed, in principle the alien is not being punished for that act (criminal charges may be available for that separate purpose) but is merely being held to the terms under which he was admitted.*»

⁸⁶ *Supra* Fn. 59.

Die dergestalt bereits eingeschränkten Prozessgarantien wurden durch den IIRIRA noch einmal beschnitten.⁸⁷ Dem Betroffenen muss beispielsweise nur *angemessene* Gelegenheit (*reasonable opportunity*) zur Beweisprüfung und -führung gegeben werden;⁸⁸ ein Rechtsbeistand ist zulässig, muss jedoch selbst bezahlt werden, was faktisch dazu führt, dass häufig kein Anwalt beigezogen wird.⁸⁹

Parallel dazu wurden auch die Berufungsmöglichkeiten stark reduziert – «damit kriminelle Ausländer zügig ausgeschafft werden, anstatt eine Anhörung nach der anderen zu erhalten».⁹⁰ Bis Mitte der 90er-Jahre ging jeder Ausschaffung eine Anhörung vor einem Verwaltungsrichter (*immigration judge*) voraus. Dort konnte der Ausländer die Aussetzung oder Annullierung der Ausschaffung beantragen. Mögliche Antragsgründe waren bei einem moralisch verwerflichen Delikt unter anderem familiäre Bindungen zu US-Bürgern oder Niedergelassenen, die gegen eine Ausschaffung sprachen.⁹¹ Wie bereits erwähnt, konnten Niedergelassene, die mindestens sieben Jahre in den USA gelebt hatten, den Richter ersuchen, aufgrund der Umstände im Einzelfall – guter Leumund, Einreise in jungen Jahren, Armeedienst, familiäre Bindungen – auf eine Ausschaffung zu verzichten.⁹² Ein negativer Entscheid konnte vor eine Appellationsinstanz gezogen werden, das *Board of Immigration Appeals*; anschliessend stand auch noch die Anrufung eines Bundesgerichts offen.⁹³

Gerade die Möglichkeit, den Verwaltungsrichter um den Erlass der Ausschaffung zu ersuchen, hatte aber in den Augen der Befürworter des IIRIRA zu einer viel zu laxen Praxis geführt.⁹⁴ An ihre Stelle trat 1996 eine eng formulierte Ausnahmeregelung, wonach der Justizminister bei jenen Ausländern von der Deportation absehen kann, die seit fünf Jahren die Green Card besaßen, insgesamt sieben Jahre legal in den USA gelebt hatten und keine *aggravated*

⁸⁷ Für eine ausführliche Diskussion der Problematik siehe STEPHEN H. LEGOMSKY, *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, 64 Washington & Lee Law Review 439 (2007).

⁸⁸ 8 U.S.C. § 1229a(b)(4). Etwaige Bedenken, welche die nationale Sicherheit betreffen, müssen die Behörden im Verfahren nicht offenlegen.

⁸⁹ AMERICAN BAR ASSOCIATION (COMMITTEE ON IMMIGRATION), *American Justice Through Immigrants' Eyes* (Washington D.C., 2004), 53–58.

⁹⁰ 142 Congr. Rec. H3606 (1996) (Rep. Hyde, IL).

⁹¹ 8 U.S.C. Section 1254(a)(1), (2), 1986.

⁹² *Supra* Fn. 37.

⁹³ HUMAN RIGHTS WATCH, *supra* Fn. 76, 12–13.

⁹⁴ 142 Congr. Rec. S12294 (Sen. Abraham, MI): «... relief has been granted to more than half of all who apply, the vast majority of whom are criminal aliens, amounting to thousands of criminal aliens per year.»

felony begangen hatten.⁹⁵ Gegen diesen Entscheid ist jedoch keine Berufung möglich.⁹⁶

C. Anhaltende politische Unterstützung ...

Dass die verschärfte Gesetzgebung in den USA zumindest numerische Konsequenzen gezeitigt hat, steht ausser Frage. Zwischen 1996 und 1997 hat sich die Gesamtzahl der ausgeschafften Ausländer fast verdoppelt.⁹⁷ Parallel dazu stieg auch die Zahl der wegen Straftaten deportierten Ausländer – und hat seither nicht aufgehört zu steigen.⁹⁸ 2009 wurden bereits 131 840 kriminelle Ausländer ausgeschafft; 2010 stieg die Zahl erneut, auf 168 532.⁹⁹ Da in den ersten fünf Monaten des laufenden Jahres bereits über 150 000 Ausschaffungen wegen Straftaten stattgefunden haben,¹⁰⁰ wird auch heuer wieder eine Höchstmarke erreicht werden.

Nun kann argumentiert werden, dass diese stete Zunahme der beste Beweis für die Wirksamkeit einer strengen Ausländergesetzgebung ist. Aber es verwundert doch, wie stark die Ausschaffungszahlen weiterhin steigen. Nach 15 Jahren sollten die Gesetze von 1996 eigentlich dazu geführt haben, dass sich *weniger* kriminelle Ausländer in den USA aufhalten, und nicht mit jedem Jahr mehr. Doch der Anteil der ausländischen Gefängnisinsassen hat ebenfalls zu- und nicht abgenommen.¹⁰¹ Werden immer mehr Ausländer straffällig? Das würde zumindest der präventiven Wirkung einer konsequenten Ausschaffungspolitik ein sehr schlechtes Zeugnis ausstellen: Angesichts der sicheren Deportation sollte die Hemmschwelle für Straftaten schliesslich steigen, nicht sinken.

Wahrscheinlicher ist deshalb, dass dank ständig wachsender finanzieller Mittel und Personalbestände die Ausschaffungsbehörden das Netz immer feiner knüpfen und immer weiter auswerfen. 1996 betrug das Budget für Ermittlungen, Ausschaffungshaft und Deportationen c. 1,1 Mia. US-\$\$; 2002 war es auf

⁹⁵ 8 U.S.C. § 1229b(a).

⁹⁶ Sec. 242(a)(2)(B) IIRIRA.

⁹⁷ Von 69 680 im Jahr 1996 auf 114 432 im Jahr 1997 (diese Zahl umfasst auch die wegen illegaler Einreise ausgeschafften Ausländer): OFFICE OF IMMIGRATION STATISTICS, 2010 Yearbook of Immigration Statistics (Washington D.C., 2011), Tabelle 36.

⁹⁸ 1996 wurden 36 909 *criminal aliens* deportiert (IMMIGRATION AND NATURALIZATION SERVICE, 1996 Statistical Yearbook [Washington D.C., 1996], 171). 1997 waren es 51 141 (IMMIGRATION AND NATURALIZATION SERVICE, 1997 Statistical Yearbook [Washington D.C., 1999], 167). Seither wurden *jedes* Jahr mehr kriminelle Ausländer ausgeschafft als im Vorjahr.

⁹⁹ OFFICE OF IMMIGRATION STATISTICS, *supra* Fn. 98, Tabelle 38.

¹⁰⁰ U.S. IMMIGRATION AND CUSTOMS ENFORCEMENT, ICE Total Removals, 23. Mai 2011, <<http://www.ice.gov/doclib/about/offices/ero/pdf/ero-removals.pdf>>.

¹⁰¹ 2000 betrug der Anteil 6,1%; 2008 waren es 9,0%: TODD D. MINTON & WILLIAM J. SABOL, Jail Inmates at Midyear 2008 – Statistical Tables (U.S. Department of Justice, Annual Survey of Jails) (Washington D.C., 2009), Tabelle 8.

knapp 2,1 Mia. US-\$ angestiegen.¹⁰² Im aktuellen Budget sind dafür über 5,5 Mia. US-\$ vorgesehen, ergänzt durch 8,77 Mia. US-\$ zur Sicherung der Grenze.¹⁰³

Diese steigenden Kosten spiegeln eine Ausschaffungspraxis, die sich kontinuierlich verschärft¹⁰⁴ – unabhängig davon, ob eine demokratische oder republikanische Administration im Amt ist. So wurde beispielsweise das unter George W. Bush initiierte Programm *Secure Communities* unter Barack Obama stark erweitert.¹⁰⁵ *Secure Communities* basiert auf dem Austausch von elektronischen Daten zwischen Strafverfolgungs- und Immigrationsbehörden: Die Polizeibehörden der Gliedstaaten senden die Fingerabdrücke eines jeden kontrollierten Verdächtigen an das FBI; dieses leitet die Daten dann an die Immigrationsbehörden weiter, welche prüfen, ob der oder die Betroffene ein *deportable alien* sei. Ein Ausländer, der anschliessend wegen eines potenziellen Ausschaffungsgrunds inhaftiert wird, kann sogar schon vor der rechtskräftigen Verurteilung deportiert werden.¹⁰⁶ Das Programm sollte primär gefährliche Verbrecher erfassen. Es ist jedoch zunehmend in die Kritik geraten, weil es vor allem zur Ausschaffung von Ausländern entweder wegen illegaler Einreise oder eines *misdemeanour* führte; auch scheuten Immigranten zunehmend jeglichen Kontakt mit der Polizei – was die Gemeinschaften nicht sicherer, sondern unsicherer mache.¹⁰⁷ Auch wurden Vorbehalte gegen die Ansammlung persönlicher Daten auf Zusehen hin laut.¹⁰⁸ Die Richtlinien von *secure communities* werden jetzt überarbeitet: Eine Ausschaffung wäre beispielsweise erst nach einer rechtskräftigen Verurteilung möglich. Auch sollen Einwanderungsbeamte nicht automatisch jeden illegalen Immigranten ausschaffen, sondern die Dauer seines Aufenthaltes, die Einreise schon als Kind oder der Besuch einer Schule oder

¹⁰² MIGRATION POLICY INSTITUTE, Immigration Enforcement Spending Since IRCA (Immigration Facts 10) (Washington D.C., 2005), 2.

¹⁰³ An Act Making Appropriations for the Department of Homeland Security for the fiscal year ending September 30, 2012, and for Other Purposes, H.R. 2017, 112th Congress, Senate (6. Juni 2011).

¹⁰⁴ ERNESTO LONDOÑO, *U.S. Steps Up Deportation Of Immigrant Criminals*, The Washington Post, 27. Februar 2008, A01.

¹⁰⁵ 2008 wurde das Programm in 14 Jurisdiktionen eingeführt; heute umfasst es mehr als 1300. Ziel ist, bis 2013 das gesamte Land einzubeziehen: U.S. Immigration and Customs Enforcement, *Secure Communities*, <http://www.ice.gov/secure_communities/>, unter «the basics».

¹⁰⁶ U.S. Immigration and Customs Enforcement, *Secure Communities*, <http://www.ice.gov/secure_communities/>, unter «The Secure Communities Process».

¹⁰⁷ Aus diesem Grunde suspendierten New York, Illinois und Massachusetts die Teilnahme: *Fixing Secure Communities (Editorial)*, The Los Angeles Times, 23. Juni 2011, A16. Auch Kalifornien steht kurz davor, das Programm auszusetzen, doch bestreitet die Bundesregierung, dass diese Möglichkeit den Gliedstaaten überhaupt offensteht: *Insecure Communities (Editorial)*, The Los Angeles Times, 15. Juni 2011, A16.

¹⁰⁸ ALFONSO CHARDY, *FBI role in disputed program revealed*, The Houston Chronicle, 8. Juli 2011, A8.

eines Colleges berücksichtigen. Schliesslich wären auch Veteranen künftig «mit besonderer Sorgfalt und Rücksicht» zu behandeln.¹⁰⁹

Dass die Deportation von Veteranen bedauerlich ist, ist im Übrigen wohl der einzige Punkt, in dem sich Befürworter und Gegner strenger Ausschaffungsnormen einig sind. Da auch Nichtbürger in den verschiedenen Abteilungen des US-Heeres dienen können – und da die posttraumatischen Belastungsstörungen mancher Soldaten in Medikamenten- oder Drogensucht resultieren – stehen immer wieder Veteranen vor der Deportation.¹¹⁰ Aber obwohl es zum guten politischen Ton in den USA gehört, Veteranen zumindest verbal ohne Vorbehalt zu unterstützen, ist selbst in diesem Bereich bisher keine Ausnahmeregelung eingeführt worden.

Der politische Widerstand gegen strenge Vorschriften in Ausländerfragen war und bleibt gering.¹¹¹ Das Verlangen nach einer weiteren Verschärfung hingegen scheint ungestillt, die immigrationsfeindliche Stimmung keineswegs am Abklingen. Die letztjährige, äusserst einschneidende Gesetzesänderung in Arizona wurde zwar teilweise heftig kritisiert,¹¹² aber auch vielerorts als nachahmenswert empfunden.¹¹³ Auf Bundesebene weht der Wind ebenfalls vornehmlich in eine Richtung. Präsident Obama hatte zwar schon in seinem Wahlkampf die Reform des Immigrationswesens weiterhin eine seiner wichtigsten Prioritäten genannt und tut dies auch weiterhin¹¹⁴ – doch ist kaum damit zu rechnen, dass vor den nächsten Präsidentschaftswahlen auf diesem Gebiet noch eine Initiative

¹⁰⁹ JULIA PRESTON, *U.S. Pledges to Raise Deportation Threshold*, The New York Times, 18. Juni 2011, A14. Vgl. auch MICHELE WASLIN, *The Secure Communities Program: Unanswered Questions and Continuing Concerns* (Immigration Policy Center, Special Reports on Immigration) (Washington D.C., 2010), 9–12.

¹¹⁰ Vgl. *Punish, Don't Deport Noncitizen Veterans*, The Virginian, 16. November 2010, B6; HUMAN RIGHTS WATCH, *Tough, Fair, and Practical* (New York, 2010), 12; *Padilla v. Kentucky*, Slip Opinion 08-651 (Supr. Ct. 2010); KEN McLAUGHLIN, *U.S. government moving to deport longtime legal residents with criminal convictions*, San Jose Mercury News, 30. Dezember 2009.

¹¹¹ Für vereinzelte Kritik während des Gesetzgebungsverfahrens vgl. 142 Congr. Rec. E645–646 (1996) (Rep. Mink, HI) und *infra* Fn. 128.

¹¹² *Hysterical Nativism*, The Economist, 22. April 2010; *The Backlash Begins*, The Economist, 6. Mai 2010. Obwohl Immigration in die bundesstaatliche Kompetenz fällt, erlaubt dieses Gesetz auch der Polizei von Arizona, den Aufenthaltsstatus von «verdächtigen» Individuen zu kontrollieren; Bürger können gegen die Polizei klagen, wenn sie diese Pflicht vernachlässigt. Die Verfassungsmässigkeit des Gesetzes wird gegenwärtig von einem Bundesgericht geprüft.

¹¹³ Siehe beispielsweise RICHARD FAUSSET, *Alabama Enacts Strict Immigration law*, The Los Angeles Times, 10. Juni 2011, A8; SIMONE BARIBEAU, *Georgia Passes Illegal-immigrant Bill Like Arizona's*, The Houston Chronicle, 16. April 2011, A7.

¹¹⁴ *Reform, on Ice (Editorial)*, The New York Times, 27. November 2010, A22; GINGER THOMPSON & MARC LACEY, *Obama Says Immigration Changes Remain on His Agenda, but for 2010 Enactment*, The New York Times, 11. August 2009, A6.

folgt.¹¹⁵ Gesetzesinitiativen, welche eine Anpassung oder Milderung besonders in Härtefällen vorgesehen hätten, gelangen im Kongress in der Regel nicht einmal zur Abstimmung: 2003 und 2005 wurden im Repräsentantenhaus Gesetzesrevisionen vorgeschlagen, welche es erlaubt hätten, bei Niedergelassenen oder bei Ausländern, die als Kinder eingewandert waren, unter bestimmten Voraussetzungen auf die Ausschaffung zu verzichten. Beide Entwürfe wurden an das zuständige Sub-Komitee verwiesen, wo sie noch heute darauf warten, behandelt zu werden.¹¹⁶

Auf republikanischer Seite ist eine Milderung der Ausschaffungsgesetzgebung erst recht Anathema: Selbst Republikaner, die früher Reform befürworteten, sehen nun Immigranten als Grund sämtlicher Missstände.¹¹⁷ Und die Befürworter von IIRIRA bemühen sich, dessen möglichst kompromisslose Durchsetzung sicherzustellen: Der *Keep Our Communities Safe Act of 2011* beispielsweise will die unbeschränkte Inhaftsetzung von kriminellen Ausländern durchsetzen, die nicht ausgeschafft werden können, obwohl der Oberste Gerichtshof dies bereits für verfassungswidrig befunden hat.¹¹⁸

In den USA kann sich deshalb niemand leisten, *soft on immigration* zu sein, genauso wenig wie ein Politiker *soft on crime* sein darf. Bei der Verbrechensbekämpfung im Allgemeinen sind Aspekte des Talionsprinzips in der Regel wichtiger als Überlegungen zur Resozialisierung. Gesetzliche Automatismen, welche hohe Mindeststrafen vorsehen und richterliches Ermessen ausschliessen, sind populär, auch wenn sie oft unerwartete Folgen zeigen. Die sogenannten *Three-Strikes-Laws* sollten eigentlich unverbesserliche Schwerverbrecher für immer hinter Gitter bringen; sie führten aber auch dazu, dass Kleinkriminelle

¹¹⁵ Gerade im Rahmen der Implementation hätte die Exekutive jedoch erheblichen Spielraum, die Ausschaffungspolitik mitzubestimmen. Siehe dazu ADAM B. COX & CRISTINA M. RODRÍGUEZ, *The President and Immigration Law*, 119 Yale Law Journal (2009), 458.

¹¹⁶ A Bill to amend the Immigration and Nationality Act to permit certain long-term permanent resident aliens to seek cancellation of removal under such Act, and for other purposes, 108th Congress (2003–2004) H.R.2585; A Bill to amend the Immigration and Nationality Act to permit certain long-term permanent resident aliens to seek cancellation of removal under such Act, and for other purposes, 109th Congress (2005–2006) H.R.2055. Der Status der Gesetzgebung ist abrufbar unter <http://thomas.loc.gov/home/thomas.php>. Für weitere Beispiele gescheiterter Vorlagen siehe HUMAN RIGHTS WATCH, *supra* Fn. 76, 34–35.

¹¹⁷ So brachte Senator McCain vor seiner Präsidentschaftskandidatur mehrere Gesetzesvorlagen für eine umfassende Reform des Einwanderungsrechts ein; inzwischen ist er auch ohne sachliche Hinweise überzeugt, dass sogar die schweren Waldbrände in Arizona die Schuld der Immigranten sind: LEE HOCKSTADER, *John McCain's Burning Words*, The Washington Post, 17. Juni 2011, A17.

¹¹⁸ A Bill to Amend the Immigration and Nationality Act to Provide for Extensions of Detention of Certain Aliens Ordered Removed, and for Other Purposes, House of Representatives, 112th Congress, H.R. 1932 (23. Mai 2011). Der Entwurf wurde von Rep. Smith (TX) eingebracht, der bereits für IIRIRA verantwortlich zeichnete. Für das Urteil des Obersten Gerichtshofes siehe *supra* Fn. 84.

auf Staatskosten jahrzehntelange Gefängnisstrafen absitzen müssen.¹¹⁹ In ähnlicher Weise haben Verschärfungen im Sexualstrafrecht dazu geführt, dass Geschlechtsverkehr zwischen Jugendlichen genauso zu einem Eintrag in öffentlichen Registern und weitreichenden Konsequenzen führen kann wie Kindesmissbrauch oder andere schwere Delikte.¹²⁰

Durch diese exzessive Kriminalisierung werden Ressourcen verbraucht, die bei der gezielten Verfolgung gefährlicher Gewaltverbrecher fehlen mögen. Es fällt generell auf, wie sehr sich die Diskussion in solchen Angelegenheiten auf einer primär emotionalen Ebene abspielt: Ob die strengen Massnahmen tatsächlich auch die Ursachen der bekämpften Symptome unterbinden, wird selten empirisch untersucht. Dies gilt auch im Zusammenhang mit der Ausschaffung. Die Prämissen, auf denen die Klagen über steigende Sozialkosten und Verbrechensraten ebenso wie die daraus resultierende Gesetzgebung gründen, werden als unumstößlich betrachtet: Mehr Immigranten führen zu mehr Sozialfällen und deshalb zu höheren Steuern; und der hohe Anteil ausländischer Strafgefangener spiegelt die disproportional hohe Verbrechensrate von Immigranten.¹²¹

Aber obwohl in der öffentlichen Wahrnehmung eine kausale Korrelation zwischen Einwanderung und Verbrechen besteht, weisen wissenschaftliche Untersuchungen in die entgegengesetzte Richtung: Einwanderer sollen im Durchschnitt sogar weniger häufig als Einheimische Straftaten begehen.¹²² Auch die überdurchschnittliche Inhaftierungsquote von Ausländern, mit der IIRIRA gerechtfertigt wurde,¹²³ ist ein zwiespältiges Argument, stützte sie sich doch allein auf Bundesgefängnisse und ignorierte den deutlich tieferen Anteil von Ausländern in Gliedstaatsgefängnissen. Insgesamt entsprach vor IIRIRA der Anteil von ausländischen Häftlingen etwa dem Anteil von Ausländern an der Gesamtbevölkerung.¹²⁴

Ähnliche Zweifel sind im Zusammenhang mit den Kosten der Immigration angebracht. Selbst wenn die aggregierten wirtschaftlichen Auswirkungen der Immigration negativ sein sollten – was keineswegs belegt ist –, so wären die

¹¹⁹ *So Bad, It Could Get Better*, The Economist, 16. Juli 2011; *Too Many Laws, Too Many Prisoners*, The Economist, 22. Juli 2010. Eine Folge davon ist die höchste Inhaftierungsrate aller Industriestaaten; in Kalifornien sind die Gefängnisse so überfüllt, dass der Oberste Gerichtshof die dortigen Haftbedingungen kürzlich als *cruel and unusual punishment* qualifiziert hat: Brown v. Plata, Slip Opinion 09-1233 (Supr. Ct. 2011).

¹²⁰ *Unjust and Ineffective*, The Economist, 6. August 2009.

¹²¹ Vgl. *supra* Fn. 44, 45, 48–51.

¹²² LEGOMSKY, *supra* Fn. 88, 507. Vgl. auch ROBERT J. SAMPSON, *Rethinking Crime and Immigration*, 7 Contexts (2008), 28; EYAL PRESS, *Do Immigrants Make Us Safer?* The New York Times Magazine, 3. Dezember 2006, 20; ANDREW KARMEN, *New York Murder Mystery: The True Story Behind the Crime Crash of the 1990s* (New York, 2000), 215–224.

¹²³ Siehe *supra* Fn. 49.

¹²⁴ MORAWETZ, *supra* Fn. 37, 1944 n. 49.

damit verbundenen Kosten immer noch deutlich niedriger als die Belastung der Volkswirtschaft durch Grenzzschutzmassnahmen, Inhaftierungs- und Ausschaffungskosten.¹²⁵

D. ... aber auch konstante Kritik

In der politischen Diskussion mögen in den USA weiterhin strikte Ausschaffungsgesetze propagiert werden. Aber die Deportation von kriminellen Ausländern unabhängig von ihren persönlichen Umständen ist keineswegs unumstritten. Der Richter Learned Hand meinte schon 1926, dass unterschiedslose Ausschaffungen in manchen Fällen einer Exilierung gleichkämen. Obwohl er damals die Deportation eines straffälligen Polen aufgrund klarer gesetzlicher Vorgaben trotzdem schützen musste, kritisierte er das Resultat scharf:

*«At any rate we think it not improper to say that deportation under the circumstances would be deplorable. Whether the relator came here in arms or at the age of ten, he is as much our product as though his mother had borne him on American soil. He knows no other language, no other people, no other habits, than ours; he will be as much a stranger in Poland as any one born of ancestors who immigrated in the seventeenth century. However heinous his crimes, deportation is to him exile, a dreadful punishment, abandoned by the common consent of all civilized peoples. Such, indeed, it would be to any one, but to one already proved to be incapable of honest living, a helpless waif in a strange land, it will be utter destruction. That our reasonable efforts to rid ourselves of unassimilable immigrants should in execution be attended by such a cruel and barbarous result would be a national reproach.»*¹²⁶

Damit sprach Learned Hand schon früh den zentralen Punkt der Verhältnismässigkeit an, der auch in der Schweiz für heftige Diskussionen sorgt. Gesetzliche Automatismen lassen keinerlei Spielraum sicherzustellen, dass die Schwere des Delikts auch der Schwere der Sanktion entspricht. Senator Edward Kennedy hatte 1996 ebenfalls darauf hingewiesen, dass unter IIRIRA ein Immigrant mit amerikanischer Ehefrau und amerikanischen Kindern wegen geringfügiger Steuerhinterziehung ebenso ausgeschafft würde wie ein Axtmörder oder ein Drogenboss.¹²⁷ Bald nach Inkraftsetzung des Gesetzes wurde selbst von Befürwortern einer strengen Regelung anerkannt, dass die gegenwärtige Regelung in Einzelfällen zu stossender Ungerechtigkeit führen kann.¹²⁸

¹²⁵ GORDON H. HANSON, The Economic Logic of Illegal Immigration (Council on Foreign Relations, Council Special Reports 26) (Washington D.C., 2006), 24–25. Vgl. auch IAN GOLDIN, Exceptional People: How Migration Shaped Our World and Will Define Our Future (Princeton, 2010), 165–166.

¹²⁶ United States ex rel. Klonis v. Davis, Secretary of Labor, et al., F.2d 630 (2d Cir. 1926) (L. Hand, J.).

¹²⁷ 141 Congr. Rec. S7852 (1995) (Sen. Kennedy, MA).

¹²⁸ HUMAN RIGHTS WATCH, *supra* Fn. 76, 34–35; LEVINE, *supra* Fn. 25.

Menschenrechtsgruppen, Akademiker und Think Tanks kritisieren den Ausschaffungsautomatismus ebenso wie den ständig expandierenden Tatkatalog;¹²⁹ die Medien berichten prominent über stossende Einzelschicksale.¹³⁰ Strafrichter bemühen sich teilweise – soweit dies überhaupt noch möglich ist – etwaige immigrationsrechtliche Konsequenzen zu berücksichtigen.¹³¹ In vereinzelten Fällen wird auch von Politikern versucht, Gegensteuer zu geben: So hat der vormalige Gouverneur von New York nach der nur knapp verhinderten Ausschaffung von Wu Massnahmen getroffen, sodass in Zukunft bei ähnlichen Fällen eine Begnadigung leichter ausgesprochen werden kann.¹³²

Aber nicht nur in materieller Hinsicht wird die amerikanische Ausschaffungspraxis kritisiert: Die reduzierten Verfahrensrechte,¹³³ so wird besonders von akademischer Seite moniert, führen zu einer Aushöhlung der Substanz der verfassungsrechtlichen *Due-process*-Garantie.¹³⁴ Gerade im Zusammenhang mit den häufigen *plea agreements* wiegt dies schwer: Oft bekennt sich der Angeklagte auch bei schwacher Beweislage schuldig – im Gegenzug für eine mildere oder eine Bewährungsstrafe. Diese an sich schon problematische Praxis birgt für Immigranten das zusätzliche Risiko, dass ein Schuldspruch gravie-

¹²⁹ NINA BERNSTEIN, *Two Groups Find Faults In Immigrant Detentions*, The New York Times, 3. Dezember 2009, A25. HUMAN RIGHTS WATCH, *supra* Fn. 76, 6; HUMAN RIGHTS WATCH, *supra* Fn. 111; AMY WOLPER, *Unconstitutional and Unnecessary: A Cost/Benefit Analysis of Crimes Involving Moral Turpitude in the Immigration and Nationality Act*, 31 Cardozo Law Review (2009–2010), 1907; JULIET STUMPF, *Fitting Punishment*, 66 Washington & Lee Law Review (2009), 1683; BRYAN LONEGAN, *American Diaspora: The Deportation of Lawful Residents from the United States and the Destruction of Their Families*, 32 New York University Review of Law & Social Change (2007–2008), 55. Vgl. auch die im Rahmen der *Universal Periodic Review* des Menschenrechtsrates gesammelte Kritik von NGOs: WORKING GROUP ON THE UNIVERSAL PERIODIC REVIEW, Summary prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights in accordance with paragraph 15 (c) of the annex to Human Rights Council resolution 5/1: United States of America, U.N. Doc. A/HRC/WG.6/9/USA/3/Rev.1, Paras. 76–81 (14. Oktober 2010).

¹³⁰ *Supra* Fn. 23–25.

¹³¹ DAVID S. KEENAN, *The Difference a Day Makes: How Courts Circumvent Federal Immigration Law at Sentencing*, 31 Seattle University Law Review (2007–2008), 139.

¹³² DANNY HAKIM & NINA BERNSTEIN, *New Paterson Policy May Reduce Deportations*, The New York Times, 4. Mai 2010, A01. Da aber der (interimistische) Amtsinhaber David Paterson damals bereits entschieden hatte, bei der nächsten Wahl nicht anzutreten, hatte er auch keine politischen Konsequenzen zu gewärtigen.

¹³³ Vgl. *supra* Fn. 85–90.

¹³⁴ DANIEL KANSTROOM, *Deportation, Social Control, and Punishment: Some Thoughts about Why Hard Laws Make Bad Cases*, 113 Harvard Law Review (2000), 1928; DINESH SHENOY & SALIMA OINES KHAKOO, *One Strike and You're Out – The Crumbling Distinction between the Criminal and the Civil for Immigrants in the Twenty-First Century*, 35 William Mitchell Law Review (2008–2009), 135, *passim*, und ausführlich MAUREEN A. SWEENEY, *Fact or Fiction: The Legal Construction of Immigration Removal for Crimes*, 27 Yale Journal on Regulation (2010), 47, 67–81.

rende ausländerrechtliche Konsequenzen haben kann – auf die unter Umständen zuvor niemand hinweist.¹³⁵

Bereits mehrfach wurde versucht, Teile des Ausschaffungsrechts auf gerichtlichem Wege ausser Kraft zu setzen. Die Verfassungsmässigkeit einer Reihe von Bestimmungen von IIRIRA ist wiederholt angefochten worden. Die wichtigsten Punkte des Gesetzes hielten aber der gerichtlichen Überprüfung stand, auch wenn in Teilaspekten der Oberste Gerichtshof gewissen Praktiken einen Riegel schob. Die Unzulässigkeit unbeschränkter Ausschaffungshaft wurde bereits erwähnt;¹³⁶ der Gerichtshof schränkte 2006 auch die expansive Auslegung der *Aggravated-felonies*-Kategorie geringfügig ein.¹³⁷ Diese Haltung wurde 2009 einstimmig bestätigt, als der Gerichtshof insistierte, dass nicht der Tatbestand, der eingeklagt hätte werden *können*, sondern nur der *tatsächlich* eingeklagte Tatbestand bei der Qualifikation als *aggravated felony* massgeblich sei.¹³⁸ In *Padilla v. Kentucky* schliesslich rückte der Gerichtshof 2010 die Deportation erstmals in die Nähe der strafrechtlichen Sanktion und der damit verbundenen Verfahrensgarantien, als er festhielt, dass Strafverteidiger ihre Klienten auf die ausschaffungsrechtlichen Konsequenzen eines Schuldeingeständnisses aufmerksam machen müssen.¹³⁹

In diesen Rechtssachen ging es jeweils alleine darum, ob verfassungsrechtliche Garantien verletzt wurden. Eventuelle völkerrechtliche Verpflichtungen der USA spielen weder für die Gerichte noch für die Politiker in Washington (und erst recht nicht in den Gliedstaaten) eine erhebliche Rolle. Die amerikanische Verfassung wird als bester und besterprobter Schutz von Grundrechten betrachtet, ein weitergehender Schutz selbst durch ratifizierte Menschenrechtskonventionen als unnötig empfunden.¹⁴⁰ Wenn sich der Oberste Gerichtshof überhaupt

¹³⁵ AMERICAN BAR ASSOCIATION, *supra* Fn. 90, 34; HUMAN RIGHTS WATCH, *supra* Fn. 76, 20.

¹³⁶ *Supra* Fn. 84.

¹³⁷ Demnach kann zwar ein *misdeemeanour* unter Gliedstaatenrecht eine ausschaffungsrechtliche *aggravated felony* sein; umgekehrt kann aber die Klassifizierung als *felony* in einem Gliedstaat nicht als Grund zur Ausschaffung dienen, wenn der Tatbestand unter *Bundesrecht* nicht ebenfalls als *felony* gilt: *Lopez v. Gonzales*, Attorney General 549 U.S. 47 (2006).

¹³⁸ *Carachuri-Rosendo v. Holder*, Attorney-General, Slip Opinion 09-60 (Supr. Ct. 2010). Der Angeklagte war wegen Besitzes von 20 g Marihuana zu 20 Tagen und später wegen Besitzes eines Beruhigungsmittels ohne Rezept zu zehn Tagen Haft verurteilt worden. Die zweite Anklage und Verurteilung erfolgte wegen einfachen und nicht wegen wiederholten Drogenbesitzes. Nur der letztere Fall wäre ausschaffungsrechtlich eine *aggravated felony* gewesen.

¹³⁹ *Padilla v. Kentucky*, Slip Opinion 08-651 (Supr. Ct. 2010).

¹⁴⁰ Obwohl die USA den Uno-Pakt II als *non-self-executing* behandeln und obwohl dieser in mancher Hinsicht weitergehenden Schutz bietet, wird eine Umsetzung auf Gesetzesebene als «nicht notwendig» erachtet: «... because the basic rights and fundamental freedoms guaranteed by the [ICCPR] have long been protected as a matter of federal constitutional and statutory law, it was not considered necessary to adopt special implementing legislation to give effect to the Covenant's provisions

auf internationale Instrumente beruft, dann einzig als Bestätigung einer allein auf verfassungsrechtlicher Basis gefundenen Entscheidung.¹⁴¹

Das will nicht heissen, dass die menschenrechtliche Dimension in der Diskussion gänzlich unbeachtet bliebe: Gerade Kritiker der gegenwärtigen Regelung insistieren, dass diese mit prozeduralen und materiellen Garantien internationaler Menschenrechtskonventionen oder gewohnheitsrechtlichen Normen nicht vereinbar sei. So ist beispielsweise das *Non-refoulement*-Gebot zumindest formell in der amerikanischen Gesetzgebung verankert.¹⁴² IIRIRA hat aber auch hier zu einer signifikanten materiellen Einschränkung geführt. Zwar darf der Justizminister einen Ausländer nicht in ein Land ausschaffen lassen, sofern dessen Leben oder Freiheit dort aufgrund seiner Rasse, Religion, Nationalität, politischen Meinung oder Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe gefährdet wären.¹⁴³ Der Entscheid, ob eine solche Gefährdung vorliegt, fällt aber ebenfalls der Justizminister¹⁴⁴ – und selbst wenn die Gefahr bejaht wird, kann die Ausschaffung vollzogen werden, wenn unter anderem der Betroffene rechtskräftig wegen eines «besonders schweren Verbrechens» verurteilt wurde und deswegen die öffentliche Sicherheit bedroht, oder wenn begründeterweise angenommen werden kann, dass er die Sicherheit der Vereinigten Staaten bedroht. Als besonders schweres Verbrechen (*particularly serious crime*) gilt nun wiederum auch eine *aggravated felony*, die mit mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe geahndet wurde. Es steht dem Justizminister darüber hinaus aber frei, auch weitere Delikte als besonders schwer einzustufen.¹⁴⁵ Eine solche Blankett-

in domestic law» (Core Document Forming Part of the Reports of State Parties – United States of America, U.N. Doc. HRI/CORE/1/Add.49, Para. 114 [17. August 1994]).

¹⁴¹ Roper, Superintendent, Potosi Correctional Center v. Simmons, 543 U.S. 551, 578 (2005).

¹⁴² Die USA haben das Zusatzprotokoll zur Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 (ZP GK), nicht aber die Konvention selbst unterzeichnet. Ersteres inkorporiert aber die Bestimmungen der Konvention (Protocol Relating to the Status of Refugees Art.1(1), 606 U.N.T.S. 267, 31. Januar 1967), womit die Bestimmung der Konvention zum *Non-refoulement* auch für die USA gelten: Convention Relating to the Status of Refugees Art. 33, 189 U.N.T.S. 150, 28. Juli 1951. Die USA haben auch die Anti-Folterkonvention (CAT) ratifiziert, die Ausschaffungen in Folterstaaten umfassend verbietet (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment Art. 3, 465 U.N.T.S. 113, 10. Dezember 1984). Vgl. für einen Anwendungsfall *No Deportation for Man Who Hit Vietnamese Official*, The Washington Post, 24. Dezember 2006, C02.

¹⁴³ 8 U.S.C. (3)(A). Die Formulierung ist Art. 33(2) ZP GK entnommen. Art. 3 CAT verbietet jedoch Ausschaffung in einen Folterstaat unabhängig von einem spezifischen Gefährdungsgrund.

¹⁴⁴ 8 U.S.C. § 1231 (b)(3)(A).

¹⁴⁵ 8 U.S.C. § 1231 (b)(3)(B) – eine Kompetenz, die weit ausgelegt wird: WILLIAM M. HAINS, *Chevron's Ambiguity Hurdle: Delgado v. Holder and the Proper Interpretation of the Particularly Serious Crime Exception to Deportation Relief*, 2010 Brigham Young University Law Review (2010), 81, 98–99.

norm ist weder mit dem konventionellen noch dem völkergewohnheitsrechtlichen *Non-refoulement*-Gebot vereinbar.¹⁴⁶

Kritik wird auch im Zusammenhang mit den amerikanischen Verpflichtungen unter dem Uno-Pakt II (ICCPR) geübt.¹⁴⁷ Menschenrechtsorganisationen meinen, die eingeschränkten Verfahrensrechte von Immigranten im Ausschaffungsverfahren genügen dem von Art. 13 ICCPR vorgeschriebenen Mindeststandard nicht.¹⁴⁸ Der UNO-Sonderberichterstatter zu Migrantenrechten vertrat in einem Bericht von 2010 ebenfalls die Auffassung, das gegenwärtige System verletze Art. 13 ICCPR.¹⁴⁹ In materieller Hinsicht ist vor allem Art. 17 ICCPR betroffen, welcher das Recht auf Privatsphäre und Familie schützt.¹⁵⁰ Wie einige der zuvor zitierten Fälle illustrieren, kann und wird auf die familiären Bindungen beim Ausweisungsentscheid keinerlei Rücksicht genommen.¹⁵¹ Es steht ausser Frage, dass diese Praxis mit Art. 17 ICCPR nicht vereinbar ist.¹⁵² Aber auch das Recht auf Freiheit und der Schutz vor willkürlicher Inhaftierung – ganz zentral im amerikanischen Selbstverständnis und auch geschützt durch Art. 9 ICCPR – werden durch das gegenwärtige System der Ausschaffungshaft tangiert: Denn obwohl der Oberste Gerichtshof dafür eine zeitliche Begrenzung vorschrieb, wird diese in der Praxis regelmässig ignoriert.¹⁵³

¹⁴⁶ DAVID KRETZMER, *Torture, Prohibition of*, in Rüdiger Wolfrum (ed.): *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2007), Para. 33 (Zugang unter <www.mpepil.com>); KATHLEEN M. KELLER, *A Comparative and International Law Perspective on the United States (Non)Compliance with Its Duty of Non-Refoulement*, 2 *Yale Human Rights & Development Law Journal* (1999), 183, 188–189.

¹⁴⁷ *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 172, 16. Dezember 1966.

¹⁴⁸ Vgl. z.B. HUMAN RIGHTS WATCH, *supra* Fn. 111, 11–12. Art. 13 ICCPR garantiert legalen Immigranten rechtliches Gehör und ein Recht auf Überprüfung des Ausschaffungsentscheids. Das Menschenrechtskomitee subsumiert unter legale Immigranten auch Ausländer, die die Rechtmässigkeit ihrer Deportation bestreiten: COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS, *The Position of Aliens Under the Covenant*, 27th sess., CCPR General Comment No. 15 (8. Dezember 1985).

¹⁴⁹ JORGE BUSTAMANTE, *Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants. Addendum: Mission to the United States of America*, U.N. Doc. A/HRC/7/12/Add.2, 5. März 2008, Para. 10.

¹⁵⁰ Art. 17(1) ICCPR verbietet «*arbitrary or unlawful interference with ... privacy, family, home or correspondence, ...*». Da die USA die Kinderrechtskonvention nicht ratifiziert haben, ist das Recht von Kindern auf Familie nicht noch zusätzlich durch Art. 3(1) dieses Abkommens geschützt.

¹⁵¹ *Supra* Fn. 25.

¹⁵² ANGELA M. BANKS, *Deporting Families: Legal Matter or Political Question*, 27 *Georgia State University Law Review* (2011), 489; HUMAN RIGHTS WATCH, *supra* Fn. 111, 20; ANNA-LIISA JACOBSON, *Dividing Lives: How Deporting Legal and Illegal Immigrants with United States-Born Children is Separating Families and Why United States and International Laws are Failing Families*, 12 *Richmond Journal of the Law & Public Interest* (2008–2009), 191; SHAYANA KADIDAL, *Federalizing Immigration Law: International Law as a Limitation on Congress's Power to Legislate in the Field of Immigration*, 77 *Fordham Law Review* (2008–2009), 501, 515–521; LONEGAN, *supra* Fn. 130, *passim*.

¹⁵³ BUSTAMANTE, *supra* Fn. 150, Para. 22. Zum Urteil des Obersten Gerichtshofs siehe *supra* Fn. 84.

Diese Verletzungen des Uno-Pakts II haben bisher wenig institutionelle internationale Kritik hervorgerufen – vielleicht auch, weil die augenscheinlicheren Probleme in Guantanamo und die *extraordinary renditions* als dringenderes Anliegen erschienen und die internationale Aufmerksamkeit weitgehend absorbierten.¹⁵⁴ Da die USA das Erste Zusatzprotokoll zum Uno-Pakt nicht unterzeichnet haben, kann dessen Einhaltung in individuellen Fällen nicht überprüft werden.¹⁵⁵

Individuelle Beschwerden gegen die USA sind aber sehr wohl möglich, und zwar an die Amerikanische Menschenrechtskommission, die in diesem Fall eine Verletzung der Amerikanischen Deklaration der Rechte und Pflichten des Menschen prüft.¹⁵⁶ 2002/2003 reichten zwei in den USA niedergelassene Ausländer Beschwerde bei der Kommission ein; beide waren als Kinder in die USA eingereist, beide hatten Frau und Kinder, die Staatsbürger waren, und beide wurden wegen *aggravated felonies* ausgeschafft.¹⁵⁷ Die Kommission entschied, dass die automatische Ausschaffung ohne jegliche Berücksichtigung der familiären Situation und somit ohne Verhältnismässigkeitsprüfung sowohl Artikel V (Recht auf Privat- und Familienleben) und VI (Recht auf Familie) wie auch Art. VII (Schutz von Müttern und Kindern) der Deklaration verletzt.¹⁵⁸ Die Kommission stellte weiter fest, dass auch im Rahmen von Ausschaffungen Anspruch auf ein faires Verfahren und auf gerichtliche Überprüfung bestehe; die ungenügenden Prozessgarantien in den USA verletzen deshalb die entsprechenden Garantien von Artikel XVII und XXVI der Deklaration. Mit Bezug auf die Beschwerdeführer forderte die Kommission die USA auf, sie ins Land zurückkehren und ihren Fall von einem unabhängigen Richter unter Berücksichtigung der konkreten Umstände neu beurteilen zu lassen. Und generell sollten

¹⁵⁴ Vgl. z.B. Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 19 of the Convention, Committee Against Torture, U.N. Doc. CAT/C/USA/CO/2 (25. Juli 2006); Consideration of Reports Submitted by State Parties: Concluding observations of the Human Rights Committee – United States of America, Human Rights Committee, U.N. Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1 (18. Dezember 2006).

¹⁵⁵ Vgl. Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 302, 16. Dezember 1966. Auch haben die USA keine Deklaration unter Art. 22 CAT abgegeben, die Individualbeschwerden an das zuständige Komitee erlauben würde.

¹⁵⁶ American Declaration of the Rights and Duties of Man, OAS Res XXX adopted by the Ninth International Conference of American States (1948); OEA/Ser L V/II.82. Da die USA der Amerikanischen Menschenrechtskonvention nicht beigetreten sind, ist für sie nur die Deklaration massgeblich. Die Deklaration kreierte keine vertragliche Bindung, begründet aber doch internationale Verpflichtungen, vgl. CLAUDIO M. GROSSMAN, *American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948)*, in Rüdiger Wolfrum (ed.): *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2010), Paras. 11–16 (Zugang unter <www.mpepil.com>).

¹⁵⁷ Wayne Smith, Hugo Armendariz, et al. v. United States, Case 12.562, Report No. 81/10 Paras. 12–21 (Inter-American Commission on Human Rights July 12, 2010).

¹⁵⁸ Wayne Smith, Hugo Armendariz, et al. v. United States, Para. 60.

Gesetze verabschiedet werden, welche «das Recht auf Familie und auf ein faires Verfahren in Ausschaffungsverfahren von Fall zu Fall sicherstellten.»¹⁵⁹ Diese Empfehlungen wurden in einem einschlägigen Report wiederholt, den die Kommission im Dezember 2010 verabschiedete.¹⁶⁰ Es ist aber kaum anzunehmen, dass Kommissionsentscheid oder -bericht tatsächlich zu einer Änderung der amerikanischen Gesetzgebung führen werden.¹⁶¹

II. Lehren aus Übersee?

Die USA verletzen also die Amerikanische Deklaration der Rechte und Pflichten des Menschen. Aber inwiefern sollte dieser bedauerliche Umstand für die Schweiz und für die Schweizer Ausschaffungsinitiative auch nur entfernt relevant sein?

Tatsächlich gibt es mit Bezug auf Einwanderung und Ausweisung zahlreiche grundlegende Unterschiede zwischen der rechtlichen und faktischen Situation in den USA und in der Schweiz. Zuerst sind die Grössenordnungen kaum vergleichbar – weder im Allgemeinen noch bei der Migration im Besonderen. Hinzu kommen geografische und demografische Unterschiede – ebenso wie deutliche Unterschiede bei den Kriminalitätsraten, die in den USA gerade bei Gewaltverbrechen um ein Vielfaches höher liegen.¹⁶² Weiter bestehen auch wichtige institutionelle und systematische Differenzen in horizontaler und in vertikaler Hinsicht. Sowohl die Schweiz wie auch die USA sind föderale Staatenwesen, doch ist der Föderalismus in den USA noch sehr viel stärker ausgeprägt als in der Schweiz. Während in der Schweiz nun auch das Prozessrecht auf Bundesebene vereinheitlicht ist, hat in den USA jeder Gliedstaat weiterhin auch sein eigenes materielles Strafrecht, das parallel neben der Bundesgesetzgebung weiterbesteht; das Immigrationsrecht wiederum ist ausschliessliche Bundeskompetenz.¹⁶³ Diese Parallelität ist verantwortlich für die häufig kritisierte un-

¹⁵⁹ Wayne Smith, Hugo Armendariz, et al. v. United States, Para. 73.

¹⁶⁰ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, Report on Immigration in the United States: Detention and Due Process, Doc. 78/10, OEA/Ser.L/V/II. (Washington D.C., 2010).

¹⁶¹ Der Entscheid der Kommission wurde in den Medien überhaupt nicht, der Bericht nur am Rande thematisiert (KIRK SEMPLE, *Immigrant Detentions Draw International Fire*, The New York Times, 18. März 2011, A22).

¹⁶² Dies illustrieren folgende Kennzahlen, die auf Daten des U.N. Office on Drugs and Crime basieren. Zwischen 2003–2008 betrugen die durchschnittlichen Raten pro 100 000 Einwohner für Tötungsdelikte 5.47 (USA) und 0.88 (CH); für Vergewaltigungen 30.45 (USA) und 8.2 (CH); für schwere Körperverletzungen 280.6 (USA) und 113.6 (CH); für Raub 140.6 (USA) und 54.2 (CH), und für Diebstähle (exkl. Fahrzeugdiebstahl) 2220.7 (USA) und 1869.2 (CH). Die diesen Durchschnittswerten zugrunde liegenden Datensätze sind über <<http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/crimedata.html>> zugänglich.

¹⁶³ Vgl. *supra* Fn. 113.

terschiedliche Qualifizierung von Delikten aus straf- und ausschaffungsrechtlicher Perspektive.¹⁶⁴ In vertikaler Hinsicht ist weiter der konsequente Dualismus von Straf- und Immigrationsbehörden charakteristisch für die USA, der dazu führt, dass zahlreiche straffällige Ausländer noch Jahre nach Verbüßung ihrer Strafe mit der immigrationsrechtlichen Konsequenz ihrer Verurteilung konfrontiert werden¹⁶⁵ – oft erst, wie im Falle Wus, wenn sie sich um die Staatsbürgerschaft bewerben.¹⁶⁶

Dennoch hält das amerikanische Beispiel wichtige Lektionen für die Schweiz bereit. Zunächst gibt es neben den erwähnten Unterschieden auch zahlreiche Parallelen – und zwar sowohl grundsätzlicher Natur wie auch mit Bezug auf die Fragen, die sich im Zusammenhang mit Ausweisungen und Ausschaffungen stellen.

Die USA und die Schweiz haben sich im Laufe der Geschichte bei der Organisation des politischen Gemeinwesens wiederholt gegenseitig beeinflusst.¹⁶⁷ Sie sind verbunden durch eine ähnlich starke Betonung des republikanischen Staatswesens, des Privilegs der Staatsbürgerschaft und der Verantwortung, welche diese mit sich bringt. In beiden Ländern ist die Überzeugung weit verbreitet, das eigene Land repräsentiere mit seinem politischen System die beste aller möglichen Welten. Und schliesslich besteht beiderorts eine ganz ausgeprägte Skepsis gegenüber «fremdem» Recht, unter welches auch Völkerrecht subsumiert wird. Es gilt als unumstösslicher Grundsatz, dass das Recht des Gemeinwesens nur von den Mitgliedern ebendieses Gemeinwesens legitimiert werden kann.

Die Verfasser und Befürworter der Ausschaffungsinitiative bezogen sich zwar nie auf die strikte amerikanische Regelung als Vorbild. Aber beidseits des Atlantiks wurden praktisch die gleichen Gründe für die Verschärfung der einschlägigen Gesetzgebung angeführt – die Voten der Kongressabgeordneten und der Parlamentarier sind so gut wie austauschbar. Wie in den USA argumentierten auch die Schweizer Initianten mit einem unverhältnismässig hohen Ausländeranteil bei Straftätern und Gefängnisinsassen, mit dem Missbrauch und der Belastung von Sozialwerken, dem Erschleichen von Sozialgeldern und mit den Pflichten, welche das den Ausländern gewährte Gastrecht mit sich bringe.¹⁶⁸

¹⁶⁴ *Supra* Fn. 85 und 86.

¹⁶⁵ *Vgl. MORAWETZ, supra* Fn. 37, 1942.

¹⁶⁶ *Supra* Fn. 23.

¹⁶⁷ Der Bundesstaat von 1848 übernahm zahlreiche institutionelle Elemente des amerikanischen Staatswesens; um die Wende zum 19. Jahrhundert wiederum inspirierte das Schweizer Vorbild die Einführung von Volksinitiativen und Referenda in zahlreichen U.S. Bundesstaaten: DAVID D. SCHMIDT, *Citizen Lawmakers: The Ballot Initiative Revolution* (Philadelphia, 1989), 5–6.

¹⁶⁸ AB 2010 II 40 (NR Wobmann, SO); AB 2010 II 45 (NR Reimann, SG); AB 2010 II 46 (NR Amstutz, BE); AB 2010 II 47 (NR Glauser-Zufferey, VD). *Siehe supra* Fn. 44–45 und 48–55 für die entsprechenden Voten im Kongress.

Nicht nur das Problem wird ähnlich wahrgenommen. Auch die propagierte Lösung ist fast deckungsgleich. Die Variante, welche die Vertreter des Initiativkomitees für die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative vorgelegt haben,¹⁶⁹ verlässt sich ebenfalls auf einen sehr umfangreichen, aber keinesfalls einheitlichen Tatkatalog: Wie unter IIRIRA reicht die Bandbreite von schweren Gewaltverbrechen bis zum Besitz geringfügiger Drogenmengen; darüber hinaus sind selbst leichte Fälle des «Sozialmissbrauchs» erfasst. Bei einem Schuldspruch ist die tatsächlich ausgefallte Strafe – ja sogar der Verzicht darauf – unbeachtlich für den Ausweisungsentscheid: Dieser folgt automatisch auf dem Fuss. Auch hier stimmt bestehendes US- und vorgeschlagenes Schweizer Recht weitgehend überein. Wie in den USA soll weiter auch hierzulande der Richter in diesen Automatismus nicht eingreifen können: Er soll in diesem Fall wirklich nur syllogistische Subsumptionsmaschine sein – Einbruch ist ein Ausschaffungsdelikt (Obersatz); A hat einen Einbruch begangen (Untersatz); A wird ausgeschafft (Konklusion). Die persönlichen Umstände von A spielen keine Rolle.

Schliesslich ist auch die jeweilige Haltung zu internationalen Verpflichtungen kongruent. Die Initianten bestehen zwar weiterhin darauf, dass dem für sie zentralen Automatismus der Ausschaffung keine völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz entgegenstehen.¹⁷⁰ Falls aber «entgegen der Ansicht der Initianten die Ansicht vertreten werden sollte, die Ausschaffungsinitiative sei mit bestimmten Bestimmungen des nicht zwingenden Völkerrechts nicht vereinbar», so steht für die Vertreter des Initiativkomitees auch ausser Frage, dass die neue Verfassungsnorm auf jeden Fall Vorrang hat.¹⁷¹ Der Vorrang von neuerem nationalen vor internationalem Recht (vom Supremat der Verfassung ganz zu schweigen) ist in den USA fest etabliert.¹⁷² Die Skepsis gegenüber internationalem Recht ist dort vielleicht noch ausgeprägter als hierzulande und wird auch ungehemmt ausgelebt.¹⁷³

Es fragt sich aber, ob die Schweiz sich eine ähnliche Haltung erlauben kann – womit die entscheidende Frage angesprochen wird, ob die amerikanischen Erfahrungen für die Schweiz Vorbild oder eher Warnung sein sollten.

¹⁶⁹ *Supra* Fn. 13 und 14.

¹⁷⁰ ARBEITSGRUPPE, *supra* Fn. 9, 10.

¹⁷¹ ARBEITSGRUPPE, *supra* Fn. 9, 44

¹⁷² Zwar soll nationales Recht wenn immer möglich völkerrechtskonform ausgelegt werden (*Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804) (Marshall, J); aber: «... *when a law is clear in its provisions, its validity cannot be assailed before the courts for want of conformity to stipulations of a previous treaty not already executed. [...] The duty of the courts is to construe and give effect to the latest expression of the sovereign will*») (*Whitney v. Robertson*, 124 U.S. 190, 195 (1888)).

¹⁷³ *Vgl. supra* Fn. 142 und LORENZ LANGER, *Panacea or Pathetic Fallacy? The Swiss Ban on Minarets*, 43 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (2010), 863, 910–912.

Denn es steht beispielsweise ausser Frage, dass die automatische Ausschaffung inkompatibel mit einer Reihe von internationalen Verpflichtungen der USA wie auch der Schweiz ist. Das Urteil der Interamerikanischen Kommission ist insofern auch für die Schweiz relevant, als sich die Kommission nicht nur auf die Amerikanische Deklaration stützt, sondern auch die Europäische Konvention für Menschenrechte und den UNO-Pakt II sowie die Rechtsprechung des EGMR und des Menschenrechtskomitees berücksichtigt.¹⁷⁴ Die Schlussfolgerungen bezüglich der Rechte auf Familie und auf faires Verfahren lassen sich also *mutatis mutandis* auch auf die Schweiz übertragen.¹⁷⁵

Während der Aspekt der Völkerrechtskompatibilität in den USA von untergeordneter Bedeutung ist, haben die unverhältnismässigen Auswirkungen der Deportation insbesondere auf niedergelassene Ausländer schon früh zu Kritik geführt, die bis heute nicht verstummt ist – im Gegenteil. Und es ist genau jene Kritik, die hierzulande auch vor und nach der Annahme der Ausschaffungsinitiative erhoben wurde und wird: Die Unverhältnismässigkeit einer Lösung, welche Familienbande ebenso ignoriert wie die Bindung an das Gastland bzw. den fehlenden Bezug zum Heimatland,¹⁷⁶ und die den Kleinkriminellen gleich wie den Schwerverbrecher behandelt. Denn dass *Schwerverbrecher* auch nach, ja gerade aufgrund einer Verhältnismässigkeitsprüfung ausgeschafft gehören, steht nicht zur Diskussion.

Eine Regelung aber, die für eine Vielzahl von Tatbeständen ohne Berücksichtigung der Umstände die Ausweisung zwingend vorschreibt, führt auch zwingend zu einem stossenden Missverhältnis zwischen Delikt und Sanktion in Einzelfällen. Dass aber die Strafe der Schwere des Vergehens entsprechen soll, ist ein Grundsatz des modernen Strafrechts, der zwar nicht immer gänzlich verwirklicht wird, aber zumindest nicht zum Vorneherein leichtfertig aufgegeben werden sollte. Wenn Schwerverbrecher und Kleinkriminelle gleich behandelt werden und auch die persönlichen Umstände keine Rolle spielen – wenn, wie die Initianten suggerieren, Verhältnismässigkeit nur schon deshalb vorliegt, weil ein Delinquent nicht Schweizer ist¹⁷⁷ – dann widerspricht dies fundamentalen Gerechtigkeitsüberlegungen. *Suum cuique* – jedem das Seine – gilt im Guten wie im Schlechten.

¹⁷⁴ Wayne Smith, Hugo Armendariz, et al. v. United States, *supra* Fn. 158, Para. 46.

¹⁷⁵ Der Fall Boultif v. Switzerland, Appl. no. 54273/00 vom 2. August 2001 belegt dies zumindest für das durch Art. 8 der EMRK garantierte Recht auf Familie.

¹⁷⁶ Die Voraussetzungen für die Schweizer Niederlassung sind höher (vgl. Art. 34 Abs. 2 AuG) als für eine *Green Card*, die primär an ein Arbeitsverhältnis gebunden ist oder aufgrund von Familienbanden mit US-Bürgern ausgestellt wird (einschlägige Informationen sind unter <<http://www.uscis.gov>> einsehbar).

¹⁷⁷ ARBEITSGRUPPE, *supra* Fn. 9, 112.

Die Verschärfung der Gesetzgebung war 1996 in den USA unter anderem mit dem Verweis auf Schwerverbrechen begründet worden; auch Programme wie *Secure Communities* sollen primär jene Ausländer betreffen, welche Leib und Gut der Bürger gefährden. Doch der umfangreiche Ausschaffungskatalog hat dazu geführt, dass es sich heute bei der grossen Mehrheit der ausgeschafften Ausländer nicht um gewalttätige Verbrecher handelt.¹⁷⁸

In den Diskussionen vor der Abstimmung argumentierten die Befürworter der Initiative ebenfalls, diese treffe «die Richtigen, die Schwerkriminellen».¹⁷⁹ Der nun von den Initianten präsentierte Tatkatalog schliesst mit Raufhandel, einfacher Körperverletzung oder jeglichem Besitz von Betäubungsmittel jedoch Straftaten ein, die zwar gewiss *keine* Kavaliersdelikte, aber auch keine Schwerverbrechen sind. Und dieser Katalog kann jederzeit durch den Gesetzgeber erweitert werden.¹⁸⁰ Die Befürworter begründeten die offene Formulierung der Initiative damit, dass niemand heute schon wisse, «was dann morgen notwendig sein wird».¹⁸¹ Die künftige Erweiterung des Tatkataloges ist damit im Verfassungstext bereits angelegt.

Auch hier ist der Blick über den Atlantik aufschlussreich. Die Entwicklung der amerikanischen Gesetzgebung zeigt, dass die Versuchung gross ist, den Tatbestandskatalog für Ausweisungen immer weiter zu fassen. Tagespolitisches Kalkül und die Aussicht, mit einer kompromisslosen Haltung Wählerstimmen zu gewinnen, lassen Entwicklungen nur in einer Richtung zu. Kein amerikanischer Politiker mit ernsthaften Ambitionen auf Wahl oder Wiederwahl kann es sich leisten, für eine Milderung strikter Strafbestimmungen zu plädieren, selbst wenn die bestehende Gesetzgebung sich als ineffektiv und teilweise sogar kontraproduktiv erwiesen hat.¹⁸²

Der offene Text der Ausschaffungsinitiative lädt nun geradezu dazu ein, den Tatkatalog ständig zu erweitern. Erste Versuche dazu gab es bereits, bevor die Arbeitsgruppe ihren Bericht fertiggestellt hatte,¹⁸³ und auch der Bericht selbst nennt bereits mögliche weitere Ausschaffungsdelikte.¹⁸⁴ Und es ist leicht denkbar, wie ein konkretes Ereignis – beispielsweise umfangreiche Sachbeschädigungen durch eine Bande ausländischer Jugendlicher – umgehend zu Forderungen führen könnte, den Tatkatalog entsprechend zu ergänzen. Wir stehen somit

¹⁷⁸ OFFICE OF IMMIGRATION STATISTICS, *Immigration Enforcement Actions: 2010* (Department of Homeland Security) (Washington D.C., 2011), 4.

¹⁷⁹ AB 2010 II 45 (NR Reimann, SG).

¹⁸⁰ Art. 121 Abs. 4 BV.

¹⁸¹ AB 2010 II 46 (NR Amstutz, BE).

¹⁸² Vgl. dazu *Unjust and ineffective*, *The Economist*, 6. August 2009.

¹⁸³ Motion Reimann, Aufnahme von Hasspredigern in den Ausschaffungskatalog (Curia Vista, Motion 11.3068 vom 9. März 2011), <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20113068>.

¹⁸⁴ ARBEITSGRUPPE, *supra* Fn. 9, 58.

am Rande einer *slippery slope*, und es besteht die Gefahr, dass die Liste von Straftaten unaufhaltsam wachsen wird.

Dabei ist die von den Initianten vorgeschlagene Regelung schon in ihrer jetzigen Fassung auch aus vergleichender Perspektive ausgesprochen streng. Während in den USA zumindest bei *crimes of moral turpitude* noch die Strafandrohung miteinbezogen wird,¹⁸⁵ soll diese in der Schweiz gänzlich unbeachtlich sein: Jedes Katalogsdelikt würde, wie bei den *aggravated felonies*, zur Ausschaffung führen.

Entsprechend hoch würde die Zahl der Ausschaffungen ausfallen. In den USA wurden 2010 pro 100 000 Einwohner 54,6 kriminelle Ausländer ausgeschafft.¹⁸⁶ Gemäss Angaben der Arbeitsgruppe zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative wären 2009 in der Schweiz 16 408 Ausländer ausgeschafft worden, wenn die Variante der Initianten bereits implementiert gewesen wäre¹⁸⁷ – was 210,7 Ausschaffungen pro 100 000 Einwohner entsprachen hätte.¹⁸⁸ Wie oben ausgeführt, liegt die Kriminalitätsrate in der Schweiz im Vergleich mit den USA um ein Vielfaches tiefer¹⁸⁹ – unter dennoch soll es notwendig sein, fast viermal so viele straffällige Ausländer auszuschaffen?

Befürworter einer strikten Umsetzung der Initiative mögen dem entgegenhalten, dass beim Zurechthobeln einer friedfertigen Gesellschaft eben Späne fallen. Aber die Erfahrungen in den USA zeigen, dass sich soziale Probleme nicht einfach deportieren lassen – besonders, wenn diese «Probleme» bereits im Gastland verwurzelt sind. Die Deportation von Ausländern, die jegliche Bindung zu ihrem Herkunftsland verloren bzw. in ihrem Gastland eine Familie gegründet haben, hat weitreichende Konsequenzen nicht nur für die Betroffenen selbst, sondern auch für ihr Umfeld. Und es zeitigt durchaus auch negative Folgen für das Gastland, wenn eine zurückbleibende Familie den Hauptverdienst verliert und deshalb auf Sozialhilfe angewiesen ist.¹⁹⁰

Die Ausweisung ist zuletzt auch deshalb kein Allheilmittel, weil sie faktisch oft nicht vollzogen werden kann. Selbst in den USA, wo die diesbezüglichen Skrupel oft weniger gross sind, wurde die unbeschränkte Ausschaffungshaft für verfassungswidrig erklärt.¹⁹¹ Auch die Schweiz muss immer wieder feststellen,

¹⁸⁵ *Supra* Fn. 68.

¹⁸⁶ 2010 betrug die Einwohnerzahl der USA 308 745 538, und es wurden 168 532 kriminelle Ausländer ausgeschafft (Census 2010, Resident Population Data, <<http://2010.census.gov/2010census/data/apportionment-pop-text.php>>; OFFICE OF IMMIGRATION STATISTICS, *supra* Fn. 98, Tabelle 38).

¹⁸⁷ ARBEITSGRUPPE, *supra* Fn. 9, 103.

¹⁸⁸ Die Wohnbevölkerung der Schweiz stand 2009 bei 7 785 806: BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Statistik des jährlichen Bevölkerungsstandes (ESPOP) 2009 (BFS Aktuell) (Neuchâtel, 2010), 3.

¹⁸⁹ *Supra* Fn. 163.

¹⁹⁰ *Vgl. z.B. HUMAN RIGHTS WATCH, supra* Fn. 76, 4.

¹⁹¹ *Supra* Fn. 84.

dass Aus- bzw. Rückschaffungen auch bei bestehenden Abkommen mit Herkunftsländern nicht immer einfach sind.¹⁹²

III. *Populus locutus, causa finita* – oder: Was zählt neben Volkes Stimme?

Der Vergleich mit den USA legt nahe, dass die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative im Sinne der Initianten zu Völkerrechtsverletzungen führt, in ihrer übermässigen Strenge das Verhältnismässigkeitsprinzip erheblich verletzt, längerfristig zu einem zu exzessiven Tatkatalog führt und auch in der praktischen Umsetzung mit erheblichen Hindernissen konfrontiert würde.

Genau diese Bedenken haben auch die Mehrheit der Arbeitsgruppe bewogen, eine abgeschwächte Umsetzung auf Gesetzesstufe vorzuschlagen, welche die Tatschwere berücksichtigen und bei der Verletzung internationaler Verpflichtungen auf die Ausschaffung verzichten will.¹⁹³ Gerechtfertigt wird dies mit verfassungs- und völkerrechtlichen Überlegungen: Der Gesetzgeber sei durch die gesamte Verfassung inklusive Grundrechte, Verfahrensgarantien und Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden, und die völkerrechtskonforme Umsetzung sei auch anzustreben, wenn eine Verfassungsbestimmung *prima facie* mit internationalen Obligationen kollidiere.¹⁹⁴

Die Initianten wiederum zeigen sich entrüstet über diese «krasse Missachtung des Volkswillens»¹⁹⁵ und planen schon eine weitere Initiative, welche ihren in der Arbeitsgruppe gescheiterten Umsetzungsvorschlag in die Verfassung schreiben soll.¹⁹⁶ Diese Aufregung ist übertrieben. Der Einbezug des Gesetzgebers war schliesslich in der Initiative selbst explizit vorgesehen; dass eine Verfassungsbestimmung bereits mit Tatkatalog möglich gewesen wäre, hat der Gegenvorschlag gezeigt. Die Initianten zogen jedoch Formulierungen mit emotionaler Zugkraft vor («Drogenhandel», «Sozialmissbrauch» und «Einbruch» des Initiativtextes existieren im Strafrecht noch nicht) und akzeptierten somit, dass die rechtliche Präzision vom Parlament nachgeliefert werden muss. Die Entrüstung über den nicht genehmen Bericht der Arbeitsgruppe ist deshalb wohlfeil und die Lancierung einer neuen Initiative eine unnötige Zusatzrunde, die wohl vor allem das Thema Ausländerkriminalität auch im Wahljahr in den

¹⁹² Vgl. die vorübergehende Aussetzung der Ausschaffungen (primär im Asylbereich) nach Nigeria: *Kooperation mit Nigeria*, Neue Zürcher Zeitung, 15. Februar 2011, 11.

¹⁹³ ARBEITSGRUPPE, *supra* Fn. 9, 76–80.

¹⁹⁴ ARBEITSGRUPPE, *supra* Fn. 9, 76–80.

¹⁹⁵ SVP spricht von «krasser Missachtung des Volkswillens», NZZ-Online, 28. Juni 2011, <http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/svp_spricht_von_krasser_missachtung_des_volkswillens_1.11087399.html>.

¹⁹⁶ *Noch eine Ausschaffungsinitiative*, Neue Zürcher Zeitung, 9. Juli 2011, 14.

Schlagzeilen halten soll. Ein *Bona-fide*-Beitrag der Initianten war es schliesslich kaum, mit einem ausformulierten Vorschlag Einsitz in ein Gremium zu nehmen, das im Konsensverfahren eine Lösung erarbeiten soll.¹⁹⁷

Doch auch die Argumentation der Mehrheit der Arbeitsgruppe ist teilweise problematisch. Zwar sind im Gesetzgebungsverfahren rechtsstaatliche Grundsätze bei der Auslegung von Verfassungsbestimmungen zu beachten. Aber die Ausschaffungsinitiative ist, auch wenn sie auslegungsbedürftig ist, nicht so offen formuliert, wie dies der Bericht der Arbeitsgruppe nahelegt¹⁹⁸ – der Ausschluss einer Verhältnismässigkeitsprüfung wurde bereits im Abstimmungskampf thematisiert, ebenso wie die Inkaufnahme von Völkerrechtsverletzungen. Wie auch das Bundesgericht seither festgestellt hat, war gerade letzterer Aspekt vor der Abstimmung allgemein bekannt¹⁹⁹ und auch ein Grund dafür, dass gleichzeitig über einen direkten Gegenvorschlag abgestimmt wurde.

Aber genau in diesen zwei Punkten – Völkerrecht und Verhältnismässigkeit – weicht die Arbeitsgruppe von der angenommenen Initiative ab. Der Vorwurf, dass der in der Volksabstimmung abgelehnte direkte Gegenvorschlag nun im Gesetzgebungsverfahren reanimiert wird,²⁰⁰ ist deshalb nicht unberechtigt. Der Bericht der Arbeitsgruppe beginnt mit der Aufzählung der wichtigsten Elemente des politischen Gemeinwesens der Schweiz und nennt dabei an erster Stelle die «Rechtsstaatlichkeit»²⁰¹ – gewiss jener Begriff, der den Verfassungsjuristen und Völkerrechtlern besonders am Herzen liegt. Aber die Rechtsstaatlichkeit ist in der Schweiz durchaus nicht mit der gleichen Aura behaftet wie andernorts.²⁰² Die *rule of law* spielt im schweizerischen Staatsmythos kaum eine Rolle – ganz im Gegensatz zur «typisch schweizerischen Form der demokratischen Mitwirkung», welche in der Aufzählung der Arbeitsgruppe als letztes Element und erst nach Rechts-, Bundes-, Sozialstaatlichkeit folgt.²⁰³ Diese Form der demokratischen Mitwirkung wurde *ex post* zum Fundament des neuen Bundesstaates erklärt und zugleich weit in die Vergangenheit zurückprojiziert.²⁰⁴ Und diese Gewichtung spiegelt sich auch im institutionellen Gefüge unseres Staatswesens, welche als einzig substanzielle Grenze der Volksrechte das zwingende Völkerrecht vorsieht – andere Beschränkungen sind dem Souve-

¹⁹⁷ *Supra* Fn. 16.

¹⁹⁸ *Vgl.* beispielsweise ARBEITSGRUPPE, *supra* Fn. 9, 17–18.

¹⁹⁹ BGer, Abstimmung vom 28. November 2010 über die Volksinitiative «Für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)». Urteil vom 16 Februar 2011, 1C_514/2010, Erw. 2.

²⁰⁰ RUTZ, *supra* Fn. 3

²⁰¹ ARBEITSGRUPPE, *supra* Fn. 9, 8.

²⁰² *Vgl.* OLIVER DIGGELMANN, *Der schwierige Ausbau des Rechtsstaates*, Neue Zürcher Zeitung, 29. Juni 2011, 23.

²⁰³ ARBEITSGRUPPE, *supra* Fn. 9, 8.

²⁰⁴ *Vgl.* dazu ausführlich LANGER, *supra* Fn. 174, 916–923.

rän nicht auferlegt.²⁰⁵ Das mag man bedauern, denn gewisse grundlegende Werte und Garantien sollten durch einfache Mehrheitsentscheide nicht einfach entsorgt werden können. Aber bis auf Weiteres dürfen Volksinitiativen auch unverhältnismässig oder völkerrechtswidrig sein, solange sie kein *ius cogens* verletzen – und dieser Begriff wurde bisher sehr eng ausgelegt. Die durch EMRK und UNO-Pakt II geschützten Verfahrensnormen fallen ebenso wenig darunter wie das Freizügigkeitsabkommen (FZA).

Das Problem der völkerrechtswidrigen Initiativen ist nicht mehr neu. Gerade Unterschriftensammlungen, die nur ein ganz spezifisches und stark emotionalisiertes Thema ansprechen, kümmern sich immer weniger um den Flurschaden, welchen die Missachtung internationaler Verpflichtungen anrichten kann – ja dieser Schaden wird vielmehr zunehmend als positiver Aspekt, als Desavouierung der *classe politique et diplomatique* und als Bestätigung der Volkssouveränität gesucht. Die Konsequenzen daraus sind oft wenig konkret, noch in weiter Ferne und nicht unmittelbar vom einzelnen Stimmbürger und erst recht nicht vom Initiativkomitee zu tragen – und bis anhin blieben internationale Retorsionsmassnahmen oder Verurteilungen ja auch weitgehend aus.²⁰⁶ Dies erlaubt Initianten beispielsweise auch, mögliche Verurteilungen durch den EGMR ebenso schulterzuckend hinzunehmen wie das Risiko einer Kündigung des FZA und damit aller Bilateralen I – oder auch, in völlig unrealistischer Weise die «Neuverhandlung» von EMRK und FZA zu verlangen.²⁰⁷

Vielleicht sollte ja eine völkerrechtswidrige Volksinitiative wirklich einmal wortgetreu umgesetzt werden? Dann müssten die Initianten, anstatt die Missachtung des Volkswillens zu beklagen, Verantwortung übernehmen, für die Folgen geradestehen und gegebenenfalls den politischen und wirtschaftlichen Preis für die Kündigung von Menschenrechtsabkommen und Bilateralen Verträgen bezahlen. Die USA haben, wie oben ausgeführt, ihre einschlägigen internationalen Verpflichtungen in dieser Sache ohne grosse Konsequenzen kompromittiert. Für die Schweiz wäre der Preis einer Völkerrechtsverletzung nicht zuletzt auf europäischer Ebene wohl deutlich höher. Und es wäre in der Folge auch keineswegs gewiss, dass die möglichst zahlreichen Ausschaffungen tatsächlich den erhofften Erfolg zeitigen und uns Sicherheit und gesunde Sozialwerke brächten. Die einschlägigen Erfahrungen der USA geben jedenfalls kaum zu Optimismus Anlass.

²⁰⁵ Art. 139(3) BV.

²⁰⁶ Im Falle der Minarettinitiative sind jedoch mehrere Klagen am EGMR hängig: LANGER, *supra* Fn. 174, 891.

²⁰⁷ ARBEITSGRUPPE, *supra* Fn. 9, 47, 113.

